Die wichtigſten Beſtimmungen des geltenden Mäklerrechts

unter Berückſichtigung der Entwickelung und der juriſtiſchen Natur des Mäklervertrages.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Johannes Grunewald

Referendar in Dresden.

Otto Wigand

Verlagsbuchhandlung und Buchdruckerei m. b. H.

Leipzig 1910.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41535728_0045

Meinen lieben Eltern.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Zur Geschichte des Mäklerwesens 9
§ 2. Begriff des Mäklergeschäfts 12
§ 3. Die bisherigen Anschauungen über die rechtliche Natur des Mäklervertrages und der Standpunkt nach dem heutigen Rechte 16
§ 4. Form, Abschluß und Beendigung des Mäklervertrags . . . 27
§ 5. Die rechtliche Stellung des Mäklers zu den Parteien . . . 33
§ 6. Rechte des Mäklers 36
I. Der Mäklerlohn.
A. Der Anspruch auf Mäklerlohn 36
B. Die Höhe des Mäklerlohns 43
II. Ersatz von Aufwendungen 44
III. Anhang: Erfüllungsort und Verjährung 46
§ 7. Die Pflichten des Mäklers 47
§ 8. Einige besondere Arten von Mäklern 58
I. Die Gesindevermieter und Stellenvermittler 58
II. Der Kursmakler 60
III. Der Ehemäkler 62

Literaturverzeichnis.

Apt, Börsengesetz. Berlin 1909.

Baron, Pandekten. 9. Aufl. Leipzig 1896.

Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts I. Berlin 1896.

Bolze, Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Burchard, Verhandlungen des 24. Deutschen Juristentages. Bd. 2. Gutachten. Berlin 1897.

Corpus juris civilis. Digesta von Mommsen. Berlin 1895.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1. Bd. 3. Aufl. Jena 1900.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts. 4. Aufl. Stuttgart 1898.

Crome, Die partiarischen Rechtsgeschäfte nach römischem und heutigem Reichsrechte. Freiburg i. Br., Leipzig und Tübingen 1897.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. 2. Bd. Tübingen und Leipzig 1902.

Denkschrift zum Entwurfe eines Handelsgesetzbuchs. 1896.

Dernburg, Die Schuldverhältnisse nach dem Recht des Deutschen Reichs und Preußens II. Halle 1906.

Dernburg, Pandekten. 2. Bd. 4. Aufl. Berlin 1894.

Düringer und Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897. 2. Aufl. 1. Bd. Mannheim 1908.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 9. Aufl. 1903.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. (zit.: R.G.)

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts. (zit.: R.O.H.G.)

v. Gerber, System des deutschen Privatrechts. Jena 1886.

Glück, Pandekten. Bd. 15.

Goldmann, Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897. Bd. 1. Berlin 1901.

v. Hahn, Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch. Braunschweig 1877.

Jacusiel, Das Recht der Agenten und Mäkler. Heft II.

Jaeger, Kommentar zur Konkursordnung. 3. u. 4. Aufl. Berlin 1907.

Juristen-Zeitung, Deutsche. Jahrgang 1897 und 1904.

Juristische Wochenschrift. Jahrgang 1889 und 1894.
Kohler, Die Ideale im Recht. Im Archiv für bürgerliches Recht von Kohler und Ring. Bd. 5.
Kohler, Der Ehemakellohn. Im Archiv für bürgerliches Recht von Kohler, Ring und Oertmann. Bd. 12. (zit.: Kohler XII.)
Laband, Die Lehre vom Mäklervertrag. In der Zeitschrift für deutsches Recht und Rechtswissenschaft. Bd. 20. Tübingen 1861.
Lehmann, Lehrbuch des Handelsrechts. Leipzig 1908.
Lehmann und Ring, Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich. Bd. 1. Berlin 1902.
Lotmar, Der Arbeitsvertrag. Leipzig 1902.
Makower, Handelsgesetzbuch. Bd. 1. 13. Aufl. Berlin 1906.
Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 2. Berlin 1888.
Neubauer, Der nichtkaufmännische Maklervertrag in der Praxis, insbes. nach Preuß. A.L.R. Im Archiv für bürgerliches Recht von Kohler und Ring. Bd. 6.
Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse nach B.G.B. Berlin 1908.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch. Bd. 2. 3. Aufl. Berlin 1907.
Protokolle der Kommission zur Beratung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts. Herausgegeben von Mugdan und Falkmann. Leipzig. (zit.: R.O.L.G.)
Reuling, Die Provisionsansprüche der Grundstücksvermittler. Bei Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts. Bd. 40.
Riesenfeld, Der Zivilmäkler. Bei Gruchot. Bd. 36 und 37.
Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten. München und Leipzig.
Sohm, Institutionen. 8. u. 9. Aufl. Leipzig 1899.
Sohm, Über Vertragsschluß unter Abwesenden und Vertragsschluß mit einer persona incerta. In der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht von Goldschmidt und Laband. Bd. 17.
Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 8. Aufl. 1. Bd. Berlin 1906.
v. Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 2. Bd. 3./4. Aufl. München 1908.
Thibaut, System des Pandektenrechts. Bd. 2. Jena 1834.
Thöl, Das Handelsrecht. 6. Aufl. 1879.

§ 1.
Zur Geschichte des Mäklerwesens.

Wie schon die geschichtliche Entwickelung des Mäklerwesens beweist, ist es kein Wunder, daß besonders in unserer verkehrsreichen Zeit, in der Handel und Industrie in hoher Blüte stehen, der Mäkler immer größere Bedeutung gewinnt. Denn die Erfahrung lehrt, daß nicht nur der Geschäftsunkundige und mit den Verkehrsverhältnissen wenig Vertraute sich bei Geschäften irgend welcher Art eines Vermittlers bedient; auch der Geschäftskundige wird, um bequemer und rascher zum Abschluß von Geschäften zu kommen, sehr oft die Hilfe eines Vermittlers in Anspruch nehmen. Kann er doch dadurch Zeit und Mühe, die er sonst selbst darauf verwenden müßte, um eine geeignete Person zum Geschäftsabschluß zu finden, zur Erledigung anderer Geschäfte benutzen, wodurch er oft einen Gewinn erzielt, der die dem Vermittler zu gewährende Vergütung bedeutend übersteigt.

Schon im römischen Rechte[1]) waren die Rechtsgrundsätze des Mäklergeschäfts ziemlich entwickelt, wenn auch die Römer den Mäklervertrag nicht als selbständigen klagbaren Vertrag anerkannt haben[2]).

Im deutschen Rechte bildete sich naturgemäß im Handelsverkehre das Institut der Mäkler am ehesten aus. So entstanden im Mittelalter besonders an den Orten, wo die Handelswelt regelmäßig zusammentraf, zahllose Mäkler-

1) Dig. 50, 14.
2) Vgl. unten S. 16.

ordnungen zur genauen Begrenzung der Voraussetzungen und der Art des Gewerbebetriebes der Mäkler, zur Fixierung ihrer Rechte und Pflichten [1]). Der Mäkler wurde zur öffentlich bestellten Urkundsperson. Man verfiel damit der im römischen Rechte geltenden Ungebundenheit gegenüber, wonach jedem das Mäklergewerbe offenstand, da weder Geschäfts-, noch überhaupt Rechtsfähigkeit — z. B. auch der Sklave konnte Mäkler sein — noch Kapital erforderlich waren, ins Extrem. Maßgebend für die Herausbildung der amtlichen Stellung des Mäklers mag wohl einmal der Umstand gewesen sein, daß man unlautere Elemente aus dem Stande der Vermittler ausschließen und nur ehrliche, vertrauenswürdige Personen zulassen wollte, andrerseits aber auch der Zustand des damaligen Beweisverfahrens, der zur Folge hatte, daß Verträge gewöhnlich vor Gericht oder vor einer mit publica fides ausgestatteten Urkundsperson abgeschlossen wurden. Endlich mag auch die immer mehr sich ausdehnende Zunftverfassung nicht ohne Einfluß gewesen sein [2]).

In dieser Form blieb das Institut der Mäkler im wesentlichen bis zur Mitte des vorigen Jahrhunderts stehen. Erst mit dem Fortschreiten der Ideen von der Gewerbefreiheit hielt man es für ratsam, den Handelsmäklern nicht die ausschließliche Berechtigung zur Vermittelung von Handelsgeschäften zu belassen [3]).

Einen Schritt in der Weiterentwickelung tat das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch vom Jahre 1861. Das Fortschrittliche des Handelsgesetzbuchs bestand darin, daß neben den amtlich bestellten Handelsmäklern jeder als Privathandelsmäkler Handelsgeschäfte vermitteln konnte und, wenn er dies gewerbsmäßig tat, nach Art. 272 Ziff. 4 a. H.G.B. „Kaufmann“ im Sinne des Gesetzes war.

1) Riesenfeld Bd. 36 S. 796, 797.
2) Riesenfeld Bd. 36 S. 795. Lehmann S. 236. Behrend S. 395.
3) Riesenfeld Bd. 36 S. 799.

Allerdings war es nach Art. 84 immer noch möglich, durch Landesgesetz den Handelsmäklern das ausschließliche Recht zur Vermittelung von Handelsgeschäften beizulegen. Mit der Einführung der Reichsgewerbeordnung vom 21. Juni 1869, die in § 1 das Prinzip der Gewerbefreiheit aufstellte, wurde jedoch diese Ausnahmestellung beseitigt. Jeder, natürlich unter gewissen Voraussetzungen, konnte von jetzt ab Geschäfte handelsrechtlicher wie bürgerlicher Art gewerblich betreiben.

Auch die Einführung der Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich vom Jahre 1879 war für die Entwicklung des Mäklerinstituts bedeutungsvoll. Denn während bisher nach Artikel 77 flgde. H.G.B. die ordnungsmäßig geführten Tagebücher, sowie die Schlußnoten eines Handelsmäklers in der Regel vollen Beweis für den Abschluß des Geschäfts und dessen Inhalt erbrachten, waren ihre Aufzeichnungen infolge der durch § 13 Abs. 2 Ziffer 2 des Einführungsgesetzes zur Zivilprozeßordnung erfolgten Aufhebung der Art. 77, 78 H.G.B. der freien Beweiswürdigung des § 259, jetzt § 286 Z.P.O. unterworfen und damit denen der nicht amtlich bestellten Mäkler gleichgestellt.

Das Börsengesetz vom 22. Juni 1896 schaffte die amtlichen Handelsmäkler im Börsenverkehr ab. Das neue Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 beseitigte endlich das Institut der amtlichen Handelsmäkler überhaupt. Es kennt nur noch die bisherigen Privathandelsmäkler.

Bahnbrechend für die Entwicklung des Mäklerwesens auf zivilrechtlichem Gebiete ist vor allem das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen vom 2. Januar 1863 gewesen, das dem Mäklervertrage in den §§ 1254—1259 einen besonderen Abschnitt widmete.

Durch das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch vom 18. August 1896 war endlich eine für ganz Deutschland einheitliche Regelung des Zivilmäklerrechts geschaffen. (§§ 652—656.)

§ 2.
Begriff des Mäklergeschäfts.

Nach § 652 B.G.B. ist der Mäklervertrag ein Vertrag, in dem sich jemand (der Auftraggeber) einem anderen (dem Mäkler) gegenüber für den Nachweis der Gelegenheit zum Abschluß eines Vertrages oder für die Vermittelung des Vertrages zur Zahlung eines Lohnes (des Mäklerlohnes) verpflichtet.

Der Handelsmäklervertrag ist in den §§ 93—104 des neuen Handelsgesetzbuches besonders geregelt; nur insoweit das Handelsgesetzbuch keine besonderen Vorschriften über die Rechtsverhältnisse der Handelsmäkler enthält, kommen die Bestimmungen des bürgerlichen Rechts ergänzend zur Anwendung[1]).

Nach § 93 H.G.B. ist Handelsmäkler derjenige, welcher gewerbsmäßig für andere Personen, ohne von ihnen auf Grund eines Vertragsverhältnisses ständig damit betraut zu sein, die Vermittelung von Verträgen über Anschaffung oder Veräußerung von Waren oder Wertpapieren, über Versicherungen, Güterbeförderungen, Bodmerei, Schiffsmiete oder sonstige Gegenstände des Handelsverkehrs übernimmt.

Der Zivilmäkler unterscheidet sich sonach dadurch vom Handelsmäkler, daß seine Tätigkeit gewerbsmäßig oder nicht gewerbsmäßig, ständig oder nicht ständig sein kann, außerdem aber Gegenstand des Vertrags Geschäfte jeder Art sein können. Das Charakteristische des Handelsmäklers liegt dagegen in der „Gewerbsmäßigkeit“ und der Vermittlung von Verträgen über „Gegenstände des Handelsverkehrs“.

Über den Begriff der „Gewerbsmäßigkeit“ gehen die Ansichten in der Wissenschaft und Praxis vielfach aus-

1) Art. 2 E.G. z. H.G.B.

einander[1]), da das Gesetz keine Definition dieses Begriffes gibt. Fast völlige Übereinstimmung herrscht aber insoweit, als zum Begriff der Gewerbsmäßigkeit gehört, daß die Absicht nicht auf den Abschluß einzelner Geschäfte, sondern von vornherein einheitlich auf einen ganzen Kreis von Geschäften in fortgesetzt gleichartiger Tätigkeit gerichtet ist, und daß ferner die Absicht dahin geht, aus dieser Tätigkeit eine dauernde Einnahmequelle zu machen[2]). Deshalb sind die sogenannten Gefälligkeits- oder Gelegenheitsmäkler nie Handels-, sondern Zivilmäkler, weil bei den einen die Gewinnabsicht überhaupt, bei den anderen die Absicht, sich aus der Vermittelung eine dauernde Einnahmequelle zu verschaffen, fehlt.

Das zweite, den Handels- vom Zivilmäkler unterscheidende Merkmal besteht wie schon oben[3]) angedeutet, darin, daß der Handelsmäkler Verträge über „Gegenstände des Handelsverkehrs" vermitteln muß. § 93 Abs. 1 H.G.B. gibt einen Anhalt, was das Gesetz unter Verträgen über Gegenstände des Handelsverkehrs versteht, insofern, als es einige solcher Verträge aufzählt[4]). Da aber das Gesetz den Begriff „Gegenstände des Handelsverkehrs" nicht fest fixiert hat, so herrscht auch hier wieder in Wissenschaft und Praxis Streit, auf welche Verträge dieser Begriff auszudehnen ist. Unbedenklich wird man sagen können, daß zu den Verträgen über Anschaffung und Veräußerung von Waren, die das Gesetz beispielsweise als Verträge über Gegenstände des Handelsverkehrs anführt, auch die Verträge über Erwerb und Veräußerung von Edelmetallen, Geldsorten und Wechseln, sowie die über

---

1) Staub S. 398 in Verbindung mit S. 29. Düringer und Hachenburg S. 103. Lehmann und Ring S. 4. R.G. 38 S. 22. R.O.H.G. 14 S. 117/118.

2) A. A. v. Hahn S. 23.

3) Siehe S. 12.

4) Siehe oben S. 12.

Kauf und Verkauf von Schiffen gehören [1]). Ebenso wird man neben dem Umsatzgeschäft das Geschäft auf Bearbeitung oder Verarbeitung von Waren, sowie neben dem Versicherungsvertrag die Vermittelung von Abschlüssen des Bankgewerbes, z. B. die Vermittelung von Wechseldiskonten und Bankkredits unter die Verträge über Gegenstände des Handelsverkehrs rechnen können [2]). Zu weit gehen jedoch u. E. Lehmann und Ring [3]), die unter die Verträge über Gegenstände des Handelsverkehrs auch den Dienstvertrag mit dem Handlunsgehilfen oder dem Handlungslehrling, sowie die Verträge über Gründungen von Aktiengesellschaften, Gesellschaften mit beschränkter Haftung oder offenen Handelsgesellschaften rechnen. Wir verneinen dies mit Düringer und Hachenburg [4]) und Staub [5]), für deren Ansicht auch eine Entscheidung des Oberlandesgerichtes zu Hamburg spricht [6]).

Daß Geschäfte über unbewegliche Sachen, insbesondere also die Geschäfte der Grundstücks- und Hypothekenmäkler hier ausscheiden, bestimmt § 93 Abs. 2 H.G.B. ausdrücklich. Bei diesen können also nur die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über Zivilmäkler zur Anwendung kommen.

Ein weiteres Unterscheidungsmerkmal zwischen dem Mäkler nach bürgerlichem Recht und dem nach Handelsrecht besteht darin, daß der erstere nur die Gelegenheit zum Abschluß von Verträgen nachzuweisen braucht, während der Handelsmäkler den Abschluß der Verträge vermitteln muß; nicht muß der Zivilmäkler notwendig vermitteln. Wo zwischen beiden Begriffen die Grenze zu ziehen ist,

---

1) Denkschrift S. 81.
2) Düringer und Hachenburg S. 553. Staub S. 398.
3) Lehmann und Ring S. 29.
4) Düringer und Hachenburg S. 533/534.
5) Staub S. 398.
6) R.O.H.G. Bd. 2 S. 251.

wird oftmals schwer zu entscheiden sein, da gerade die Handelsmäkler in Bezug auf das Zustandekommen des Geschäfts häufig nur eine sehr geringe vermittelnde Tätigkeit ausüben [1]).

Unerwähnt soll an dieser Stelle auch nicht der Unterschied des Handelsmäklers vom Handlungsagenten bleiben, dessen Tätigkeit zwar auch meist im Vermitteln von Geschäften besteht, der aber einmal in einem ständigen Verhältnisse zu seinem Auftraggeber stehen muß, ohne wieder als Handlungsgehilfe (§ 59 H.G.B.) angestellt zu sein, andererseits aber für seinen Geschäftsherrn Geschäfte jeder Art, soweit sie zu dessen Handelsgewerbe gehören, vermitteln kann. (§ 84 H.G.B.) Dazu kommt noch, daß der Handlungsagent auch befugt sein kann, selbst für seinen Geschäftsherrn Geschäfte abzuschließen.

Der Handelsmäkler besitzt die Kaufmannseigenschaft, er ist Kaufmann kraft seines Gewerbes. (§ 1 Ziff. 7 H.G.B.) Ob er Voll- oder Minderkaufmann ist, richtet sich je nach der Größe und nach dem Umfang seines Betriebes. (§§ 4, 2 H.G.B.) Davon hängt auch der Umfang seiner Rechte und Pflichten ab, z. B. die Verpflichtung zur Führung von Handelsbüchern, zur Eintragung der Firma in das Handelsregister u. a. mehr [2]).

Auch der Zivilmäkler kann Kaufmann sein, er ist jedoch nicht Kaufmann kraft Gesetzes. Er kann zum Kaufmann werden, wenn sein Gewerbetrieb nach Art und Umfang einen kaufmännisch eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert und seine Firma in das Handelsregister eingetragen ist (§ 2 H.G.B.), oder wenn eine Handelsgesellschaft, die ohne Rücksicht auf den Gegenstand des Unternehmens diese Eigenschaft hat (Aktiengesellschaft, Gesellschaft mit beschränkter Haftung), sich mit Vermittelungen dieser

---

1) Staub S. 398.

2) Siehe auch u. S. 56.

Art befaßt[1]). Ist er nun aber zwar Kaufmann, vermittelt er jedoch Verträge über Gegenstände, die nicht dem Handelsverkehre angehören, so bleibt er trotzdem Zivilmäkler, ebenso wie bei einem Handelsmäkler, falls er sich mit einer Vermittelung über Gegenstände des Nichthandelsverkehrs befaßt, die Vorschriften über den Zivilmäklervertrag Anwendung finden[2]).

§ 3.

Die bisherigen Anschauungen über die rechtliche Natur des Mäklervertrages und der Standpunkt nach heutigem Rechte.

Wie bis zum Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches die rechtliche Natur des Mäklervertrags viel umstritten war, so stehen sich auch jetzt noch, obwohl das Bürgerliche Gesetzbuch, dessen Bestimmungen neben den Vorschriften des 8. Abschnittes des Handelsgesetzbuches auch für den Handelsmäkler gelten, den Mäklervertrag in einem besonderen Abschnitt (§§ 652—656) geregelt hat, einander widersprechende Ansichten gegenüber. Der Grund liegt darin, daß das Bürgerliche Gesetzbuch den Mäklervertrag, der in den mannigfaltigsten Modifikationen vorkommen kann, nicht in zu enge Formen zwängen durfte, vielmehr seiner eigentümlichen Natur wegen dem freien Parteiwillen eine ausgedehnte Freiheit lassen mußte.

Das römische Recht hat, wie schon oben[3]) erwähnt, die Beziehungen zwischen Auftraggeber und Mäkler nicht zu klagbaren Kontrakten gestaltet; allerdings konnte der Mäklerlohn eingeklagt werden, aber nur im Wege einer extraordinaria cognitio[4]). Den Grund, weshalb man in

1) Staub S. 384.
2) Staub S. 384, Denkschrift S. 82.
3) Siehe o. S. 9.
4) Dig. 50, 14. Crome, Part. Rechtsgeschäfte S. 413.

Rom sich zur Einklagung des proxeneticum (Mäklergebühr) einer extraordinaria cognitio bediente, wird man darin zu suchen haben, daß die Tätigkeit des Mäklers zu den operae liberales gezählt wurde, die ursprünglich nicht zum Gegenstand eines zweiseitigen Vertrags gemacht zu werden pflegten. Eine weitere Ausbildung des Mäklervertrags ist im römischen Recht nicht erfolgt; Dernburg[1]) nennt es römische Klugheit, die davon absah, die Beziehung zwischen Auftraggeber und Mäkler zu klagbaren Kontrakten zu gestalten.

Im gemeinen Recht war, da alle Verträge klagbar waren, auch dem Mäklervertrag die Klagbarkeit nicht versagt. Doch stritt man sich darüber, unter welche Klasse von Verträgen er zu rechnen war.

Der Versuch, den Mäkler als Boten[2]) zu betrachten, ist von vornherein, wie Riesenfeld[3]) mit Recht ausführt, schon aus dem Grunde zurückzuweisen, weil die Rechtsverhältnisse des nuntius keine besondere Vertragsart bilden, auch die Tätigkeit des Mäklers sich in der Regel nicht auf die Überbringung fremder Willenserklärungen beschränkt, vielmehr eine eigene, den Vertrag fördernde sein wird. Schon ältere Romanisten haben dies erkannt[4]).

Von einer großen Anzahl, besonders der älteren Juristen[5]) wurde die Ansicht vertreten, daß der Mäklervertrag dem Mandat unterzuordnen sei. Dem steht aber zunächst entgegen, daß das mandatum streng unentgeltlich

---

1) Dernburg, B.G.B. S. 548.

2) Z. B. Baron § 219 S. 392/393.

3) Riesenfeld Bd. 37 S. 30/31.

4) Riesenfeld Bd. 37 S. 31; z. B. Lauterbach sagt: colleg. theor. pract. ad libros 50 pand. Tub 1725 Bd. III ad D. 50, 14 S. 1489 sub IV: ex quo statim apparet, quod differat proxeneta a nudo nuntio, qui tantum illud, quod sibi mandatum est, dennuciat, hic vero etiam contrahendi occasiones quaerit.

5) Riesenfeld ebenda Anm. 4.

ist, während dem Mäklervertrage die Entgeltlichkeit wesentlich ist.

Auch die besonders von einigen Germanisten [1]) wieder aufgenommene Theorie des Mandats, die sich darauf stützen wollte, daß im deutschen Rechte das mandatum nicht streng unentgeltlich sei, und daß es auch im römischen Rechte nicht ausgeschlossen gewesen sei, daß der Mandator ein Honorar erhalte, ist zu verwerfen, da es weder im römischen Rechte, wie Glück [2]), noch im deutschen Rechte, wie Laband [3]) zutreffend ausführen, entgeltliche Mandatsverträge gab. Aber selbst wenn man die Unentgeltlichkeit nicht als ein dem Mandat wesentliches Merkmal ansehen wollte, so muß eine Unterordnung des Mäklervertrags unter das Mandat deshalb als verfehlt betrachtet werden, weil nicht notwendig der Tätigkeit des Mäklers ein Auftrag vorherzugehen braucht, anderseits der Mäkler nach den Anschauungen im germanischen Recht als unparteiische Mittelsperson nicht nur das Interesse seines Auftraggebers, sondern das beider Kontrahenten zu wahren hatte und infolgedessen sich von beiden Parteien ein Honorar versprechen lassen konnte. Einer Unterstellung des Mäklervertrags unter das Mandat ist aber endlich noch entgegenzuhalten, daß der wesentliche Charakter des Mandats die Übertragung einer Besorgung, der des Mäklervertrags aber die Ausführung, die wirkliche Vermittelung, ist.

Den Mäklervertrag der locatio conductio operarum unterzuordnen, ist ebenfalls vielfach versucht worden [4]). Das ist aber, wenigstens nach klassischem, römischem Recht ausgeschlossen, weil Gegenstand der locatio conductio operarum nur Dienste niederer Art (operae illi-

1) Thibaut a. a. O. § 866. Ebenso: Thöl a. a. O. § 34, v. Gerber a. a. O. § 199.

2) Glück Bd. 15 S. 286.

3) Laband S. 8.

4) Vgl. die bei Riesenfeld Bd. 37 S. 34 zitierte Literatur.

berales) waren. Die Dienste des proxeneta galten jedoch als operae liberales[1]). Aber auch ein zweiter Grund spricht gegen die Unterstellung des Mäklervertrags unter die locatio conductio operarum. Während nämlich der Vermieter seiner Dienste auch wirklich Dienste leisten muß, steht es dem Mäkler frei — allerdings eventuell bei Verlust seines Lohnes — die übertragene Vermittelung auszuführen oder nicht. Andrerseits muß bei der locatio conductio operarum die geleistete Arbeit stets bezahlt werden, unabhängig davon, ob Zweck und Ziel der Arbeit erreicht sind, während der Mäkler nur seine Vergütung erhält, wenn durch seine Tätigkeit der Erfolg eingetreten ist[2]).

Da also der Erfolg der Mäklertätigkeit als wesentlich für den Mäklervertrag anzusehen ist, könnte man geneigt sein, den Mäklervertrag als locatio conductio operis aufzufassen. Denn auch die locatio conductio operis hat die Herstellung eines gewissen Arbeitserfolges zum Gegenstande. Zu berücksichtigen ist aber, daß nach römischem Rechte nur ein materielles opus unter den Werkvertrag fallen kann, während das Resultat der Vermittlertätigkeit des Mäklers ein rein ideelles ist[3]). Wenn später unter den Begriff „opus" auch immaterielle Leistungen zu rechnen sind[4]), so besteht immer noch der Unterschied, daß der Mäkler nur erreichen kann, daß infolge seiner Leistungen das „opus" durch die Kontrahenten zustande kommt, der conductor operis hingegen das opus selbst bez. durch seine Gehilfen herstellt[5]).

Erwähnt soll an dieser Stelle auch werden, daß von einer allerdings nur geringen Anzahl Juristen[6]) versucht

1) Sohm, Institutionen S. 386. Riesenfeld Bd. 37 S. 35.
2) Riesenfeld ebenda S. 36.
3) Riesenfeld Bd. 37 S. 36. A. A. Oertmann S. 672.
4) Dernburg, Pandekten S. 309.
5) Dernburg, Pandekten S. 310.
6) Vgl. Riesenfeld Bd. 37 S. 37.

worden ist, den Mäklervertrag den sogenannten aleatorischen Verträgen anzugliedern. Riesenfeld[1]) macht zutreffend dagegen geltend, daß die Vertreter dieser Ansicht den Charakter der gewagten Verträge verkennen, der darin besteht, daß es vom Zufall abhängig ist, für welche Partei der Vertrag einen Vorteil, für welche er einen Nachteil bringen soll. Beim Mäklervertrag liegt nun aber die Unsicherheit des Ausfalls nur auf der einen Seite, nämlich auf der des Mäklers. Denn der Auftraggeber kann für den Fall, daß durch die Tätigkeit des beauftragten Mäklers das Geschäft nicht zustande kommt, auf irgendeine andere Art das Zustandekommen des Geschäfts doch noch erreichen. Insbesondere aber ist der Lohn des Mäklers nicht vom Zufall, sondern von der Willkür des Auftraggebers, das ihm angebotene Geschäft einzugehen oder nicht, abhängig. Ein „gewagtes“ Geschäft ist es für den Mäkler nur in dem Sinne, daß der ökonomische Erfolg seines Anspruchs ungewiß ist.

Da nach den bisherigen Ausführungen der Mäklervertrag nicht den benannten Vertragsarten untergeordnet werden kann, so bleibt nur die Klasse der Innominatkontrakte im gemeinen Rechte übrig[2]), wenngleich durch diese Subsumtion für die rechtliche Beurteilung des Mäklervertrags nicht viel gewonnen ist. Zu bemerken ist aber dabei noch, daß, wie oben schon ausgeführt (S. 17), der Mäklerlohn nur im Wege einer extraordinaria cognitio eingeklagt werden konnte, nicht wie sonst bei den Innominatkontrakten eine actio in factum gegeben war.

Auch das preußische Landrecht hat nur einzelne Bestimmungen über den Mäkler, aus denen sich auf die rechtliche Natur des Mäklervertrags kein sicherer Schluß

---

1) Riesenfeld Bd. 37 S. 37/38.

2) Riesenfeld Bd. 37 S. 38. A. A. Crome, Part. Rechtsgesch. S. 420.

ziehen läßt [1]); man erblickt in ihm bald einen Vertrag über Handlungen, bald einen Vollmachtsvertrag [2]).

Ausführliche Bestimmungen über den Mäklervertrag enthält zuerst, wie schon oben (S. 11) erwähnt, das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen, das nach den Motiven zu § 1254 dieses Gesetzes zu urteilen, den Mäklervertrag als eigenen, selbständigen Vertrag mit besonderen Grundsätzen aufgefaßt hat [3]).

Dieser Ansicht hat sich dann auch das Deutsche Bürgerliche Gesetzbuch angeschlossen. Daß der Mäklervertrag nach der Auffassung des Gesetzgebers eine selbständige Vertragsart bildet, geht schon rein äußerlich aus der Sonderung von den ihm verwandten Verträgen hervor. Eine Unterstellung unter den Auftrag, den Dienst- oder Werkvertrag ist u. E. nicht möglich, obwohl zuzugeben ist, daß besonders die Normen des Dienst- und Werkvertrages auf den Mäklervertrag Anwendung finden können.

Den Mäklervertrag dem Auftrag unterzuordnen, ist zunächst schon deshalb zurückzuweisen, weil § 662 B.G.B. bestimmt, daß der Beauftragte das Geschäft unentgeltlich zu besorgen hat, während dem Mäklervertrag der Mäklerlohn wesentlich ist. Ein weiteres Unterscheidungsmerkmal besteht ferner in den verschiedenen Zwecken, die der Mäkler und der Beauftragte verfolgen. Denn regelmäßig wenigstens handelt der Beauftragte im ausschließlichen Interesse des Auftraggebers, während der Mäkler zunächst wohl in seinem eigenen Interesse tätig wird, indem er darauf bedacht ist, den Mäklerlohn zu verdienen. Auch dadurch, daß der Mäkler nicht das Geschäft im Namen seines Auftraggebers abschließt, sondern eben nur vermittelt, unterscheidet er sich vom Mandatar, dessen Tä-

1) Riesenfeld Bd. 37 S. 40.
2) Oertmann S. 670. Neubauer S. 4.
3) S. bei Riesenfeld Bd. 37 S. 47/48.

tigkeit auf Ausführung eines Geschäfts oder Abschluß eines Vertrages geht [1]).

Daß der Mäklervertrag nur eine Spezialart des Dienst- oder Werkvertrags sei, behaupteten früher vor allem Düringer und Hachenburg [2]). Sie begründeten ihre Ansicht damit, daß der Mäkler eine besondere Art von Tätigkeit entwickele, der Dienstvertrag jede [3]) Art von Tätigkeit umfasse und Gegenstand des Werkvertrags jeder durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführende Erfolg [4]) sein könne. Der Unterschied zwischen beiden bestehe nicht darin, daß beim Werkvertrage der Erfolg, beim Dienstvertrage die Arbeit bezahlt werde; der Schwerpunkt liege vielmehr in der Art der Verpflichtung; beim Dienstvertrage bestehe nur eine Verpflichtung zur Leistung der versprochenen Dienste, beim Werkvertrage gehe die Verpflichtung auf Herbeiführung des Erfolges. Der Mäkler verpflichte sich im Mäklervertrage immer zu einer Tätigkeit oder, allerdings seltener, zur Herbeiführung eines Erfolges.

Dieser Ansicht können wir nicht beipflichten. Denn einmal besteht nach dem Gesetz für den Mäkler keine Verpflichtung zur Vermittlertätigkeit, der Mäklervertrag als solcher enthält kein Versprechen des Mäklers, sich zu bemühen, auch wird der Mäklerlohn nicht für die Dienstleistung, sondern für den dadurch herbeigeführten Erfolg gewährt, andrerseits enthält der Mäklervertrag nicht das Versprechen des Mäklers, für den Erfolg seiner Bemühungen einzustehen.

Auch Düringer und Hachenburg [5]) vertreten jetzt in der zweiten Auflage ihres Kommentars zum Handels-

---

1) Oertmann S. 672 und 692.
2) Düringer und Hachenburg 1. Aufl. 1899 S. 282 flgde.
3) § 611 Abs. 2 B.G.B.
4) § 631 Abs. 2 B.G.B.
5) Düringer und Hachenburg 2. Aufl. S. 526.

gesetzbuche den Standpunkt, daß der Mäklervertrag sich nicht mit dem Dienst- oder Werkvertrage deckt. Sie sprechen sogar für den Fall, daß der Mäkler sich verpflichtet, tätig zu sein oder für das Zustandekommen des Vertrags einzustehen, nur von einer Annäherung des Mäklervertrages an den Dienst- oder Werkvertrag [1]). Im Gegensatz dazu steht die Theorie von Staub [2]), daß im Falle der Übernahme dieser Verpflichtungen der Mäklervertrag dadurch ein Dienst- oder ein Werkvertrag wird, ohne damit aufzuhören, der allgemeinen Kategorie des Mäklervertrages anzugehören; der Begriff des Mäklervertrags sei im gewissen Sinne ein allgemeiner Begriff, der auch das rechtliche Gewand eines Dienst- oder Werkvertrages annehmen könne. Lotmar [3]) bemerkt hierzu zutreffend, daß bei Durchführung dieser Ansicht das Bürgerliche Gesetzbuch statt eines Mäklervertrages deren drei enthalten würde, nämlich die allgemeine Kategorie, den Mäklervertrag im Gewande des Dienstvertrags und den Mäklervertrag im Gewande des Werkvertrags.

U. E. kann durch die Übernahme einer Verpflichtung seitens des Mäklers der ganze Tatbestand nicht so verschoben werden, daß der Mäklervertrag ein anderer Vertrag wird. Er bleibt stets Mäklervertrag, wodurch allerdings nicht ausgeschlossen ist, daß daneben auch gewisse Rechtssätze über den Dienst- oder Werkvertrag Anwendung finden können; für die Verpflichtung zur Entrichtung des Mäklerlohnes gelten aber auch in diesem Falle die Bestimmungen des Mäklervertrags.

Mit Goldmann [4]) aus dem Wortlaut des § 93 H.G.B.

---

1) Düringer und Hachenburg S. 527, 528.

2) Staub S. 382. Auch Planck S. 629 und Oertmann S. 672 nehmen bei Übernahme der Verpflichtung zur Herbeiführung eines Erfolges „Werkvertrag“ an.

3) Lotmar S. 282 Anm. 1.

4) Goldmann S. 436.

„wer die Vermittelung übernimmt“ zu schließen, damit sei für den Handelsmäkler eine Verpflichtung normiert und deshalb sei der Handelsmäklervertrag ein Dienstvertrag, ist u. E. einmal deshalb nicht möglich, weil, wie Cosack[1]) z. B. richtig ausführt, „übernehmen“ nichts anderes bedeutet als „sich bereit erklären“ und infolgedessen nicht mit „sich verpflichten“ identifiziert werden kann, andrerseits der Handelsmäklervertrag nur eine Unterart des Mäklervertrags nach Bürgerlichem Recht ist und mit ihm alle Essentialien gemeinsam hat[2]).

Wir kommen somit zu dem Schluß:

Der Mäklervertrag bleibt in jedem Falle ein selbständiger Vertrag, mögen auch in gewissen Fällen mangels ausreichender Bestimmungen des Mäklervertrags subsidiär die Regeln des Dienst- oder Werkvertrags oder die allgemeinen Grundsätze über Verträge überhaupt Anwendung finden[3]).

Streit herrscht nun weiter darüber, ob der Mäklervertrag ein zweiseitig verpflichtender oder nur ein einseitig verpflichtender Vertrag ist. Als zweiseitig verpflichtenden Vertrag fassen ihn vor allem Dernburg[4]) und Crome[5]) auf, während Endemann[6]), Reuling[7]) und besonders Burchard[8]) in ihm einen einseitig verpflichtenden Vertrag erblicken.

Wir haben schon oben[9]) betont, daß der Mäklervertrag als solcher keine Verpflichtung des Mäklers zur Leistung enthält. Gegen die Ansicht, daß der Mäkler durch den

1) Cosack B.G.B. S. 553/551.
2) Ebenso auch Makower S. 261.
3) So auch Staudinger S 999.
4) Dernburg B.G.B. S. 551.
5) Crome, Part. Rechtsgeschäfte S. 415—418.
6) Endemann S. 1113.
7) Reuling S. 193 flgde.
8) Burchard S. 290.
9) Siehe oben S. 22.

Mäklervertrag eine Verpflichtung übernehme, spricht namentlich, daß die Leistung des Mäklers unbestimmt ist und seine vermittelnde Tätigkeit sich jeder Bestimmbarkeit entzieht [1]). Denn das Wesen der Tätigkeit des Mäklers besteht darin [2]), daß es ihm völlig freigestellt ist, welche Maßnahmen er zur Herbeiführung des Vertragsabschlusses ergreifen will; in jedem einzelnen Falle wird die Wahl seiner Handlungen von dem Charakter und den Eigenheiten der Parteien und der Art des zu vermittelnden Geschäfts abhängen. Es wird also kaum eine schlüssige Klage auf Leistung der übernommenen Vermittelungstätigkeit möglich sein; denn § 253 C.P.O. fordert als wesentlichen Bestandteil der Klagschrift „die bestimmte Angabe des Gegenstandes und des Grundes des erhobenen Anspruchs, sowie einen bestimmten Antrag". Ein Antrag aber, den Mäkler zur Leistung der übernommenen Vermittelungstätigkeit zu verurteilen, entbehrt dieser prozessual notwendigen Bestimmtheit. Sicherlich ist aber selbst im Falle einer Verurteilung des Mäklers [3]) zur Erfüllung der Vermittelungstätigkeit die Zwangsvollstreckung unmöglich. Denn der Auftraggeber will bei Annahme eines Mäklers gerade nicht die Vermittelung durch irgendeinen beliebigen Mäkler vorgenommen haben, sondern durch den angegangenen Mäkler persönlich; durch eine Zwangsvollstreckung nach § 887 C.P.O. würde aber die Vermittelung eine ganz andere werden. Aber auch eine Vollstreckung nach § 888 C.P.O. wäre ausgeschlossen, da die Vornahme der Handlungen des Mäklers „nicht ausschließlich vom Willen des Schuldners abhängt", vielmehr ganz und gar durch äußere Umstände bedingt ist [4]).

---

1) Jacusiel S. 14.
2) Oertmann S. 671.
3) Riesenfeld Bd. 37 S. 276.
4) Riesenfeld Bd. 37 S. 276/277.

Ebensowenig könnte man gegen den Mäkler erfolgreich eine Klage auf Schadensersatz nach § 283 B.G.B. erheben, weil hierbei im Streitfalle nachgewiesen werden müßte, daß die Tätigkeit des Mäklers von Erfolg gewesen sein würde. Dieser Nachweis dürfte schwerlich zu erbringen sein. Eine solche Klage wäre nur dann möglich, wenn der Mäkler auch die Herbeiführung des Erfolges garantiert hätte [1]).

Mit der Ablehnung der Tätigkeitspflicht des Mäklers ist aber u. E. noch nicht die Möglichkeit ausgeschlossen, den Mäklervertrag als zweiseitig verpflichtenden Vertrag aufzufassen. Denn den Mäkler treffen doch noch für den Fall, daß er tätig wird, Pflichten, für deren Beobachtung er vertragsmäßig haftet; das ist die Treupflicht und die Sorgfaltspflicht [2]). Man kann daher den Mäklervertrag einen zweiseitig verpflichtenden Vertrag mit einseitigem Versprechen nennen. Der Vertragslustige verspricht den Mäklerlohn; der Mäkler dagegen verspricht nichts; er geht keine Verpflichtung ein; nur für den Fall, daß er seine Vermittlertätigkeit ausübt, ist er verpflichtet, die erforderliche Sorgfalt anzuwenden.

Damit ist auch zugleich die Ansicht der Schriftsteller [3]) widerlegt, die den Mäklervertrag für einen einseitig verpflichtenden Vertrag halten und in ihm weiter nichts als ein durch das Zustandekommen des zu vermittelnden Vertrages bedingtes Versprechen des Auftraggebers sehen. Gegen diese Theorie macht vor allem Oertmann [4]) zutreffend geltend, daß dem Mäkler vertragsmäßig ein festes Honorar zugebilligt werden kann, wodurch keinesfalls etwa der Grundcharakter des Geschäfts geändert wird; daß ferner in Verfolg dieser Theorie eventuell nur die Vor-

1) Jacusiel S. 14. Vgl. auch Crome, Part. Rechtsgesch. S. 419.
2) Oertmann S. 671. Staudinger S. 999.
3) Siehe oben S. 24.
4) Oertmann S. 671.

schriften über außerkontraktliches Verschulden anwendbar sein würden; daß endlich auch im Gesetz selbst, z. B. in § 654 B.G.B., Pflichten des Mäklers anerkannt sind.

§ 4.

Form, Abschluß und Beendigung des Mäklervertrages.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat den Grundsatz aufgestellt, daß sämtliche Verträge, soweit nicht ausdrücklich im Gesetze eine bestimmte Form vorgeschrieben ist, formlos abgeschlossen werden können. Da das Gesetz für den Abschluß des Mäklervertrags keine besondere Formvorschrift aufgestellt hat, so ist er an keine Form gebunden. Auch wenn zur Rechtsgültigkeit des zu vermittelnden Vertrages nach dem Gesetze eine besondere Form gehört, z. B. gerichtliche oder notarielle Beurkundung des Vertrags, so ist der Mäklervertrag nicht etwa auch von dieser Form abhängig [1]). Daher ist z. B. auch die Zusage der Mäklergebühr für einen Grundstücksverkauf formlos gültig; denn der Auftraggeber wird durch den Abschluß des Mäklervertrags nicht, wie § 313 B.G.B. voraussetzt, zur Übertragung des Eigentums am Grundstück verpflichtet [2]).

In gleicher Weise wie für den Zivilmäklervertrag gilt auch die Formlosigkeit des Abschlusses für den Handelsmäklervertrag.

Damit ist zugleich die Möglichkeit gegeben, den Mäklervertrag stillschweigend abzuschließen [3]). Es wird oft vorkommen, daß der Mäkler auf den ihm zugegangenen Auftrag hin tätig wird, ohne vorher die ausdrückliche Annahme des Auftrags zu erklären. Andrerseits wird ebenso oft das ausdrückliche Versprechen eines Mäklerlohns fehlen. Trotzdem ist der Mäklervertrag abgeschlossen, sobald der

1) Planck S. 633. Jacusiel S. 11.
2) Planck S. 633. Staudinger S. 1001. R.O.L.G. Bd. 14 S. 28.
3) Jacusiel S. 11. Bolze Bd. 7 Nr. 506.

Mäkler tätig wird, und der Auftraggeber insbesondere zur Zahlung des Mäklerlohnes verpflichtet, wenn die dem Mäkler übertragene Leistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist[1]). Dies wird vor allem stets dann zutreffen, wenn der Beauftragte das Mäklergeschäft gewerbsmäßig betreibt. Aber auch in anderen Fällen ist der Regel nach nicht anzunehmen, daß jemand fremde Rechtsgeschäfte unentgeltlich vermittelt. Deshalb trifft auch den Auftraggeber die Beweislast, wenn er behauptet, die Unentgeltlichkeit habe in der Absicht der Parteien gelegen[2]). Auch dann, wenn der Auftraggeber irrig angenommen hat, es werde von ihm kein Lohn verlangt werden, ist er zur Lohnzahlung verpflichtet, falls seine Annahme nicht durch die Umstände gerechtfertigt ist[3]).

Eine Verpflichtung des Mäklers, auf die Offerte des Auftraggebers zu antworten und zwar unverzüglich, besteht nur für den gewerbsmäßigen Mäkler, der gleichzeitig Kaufmann ist, dann, wenn er den Antrag ablehnen will; denn sein Schweigen gilt als Annahme des Antrags. Doch setzt dies voraus, daß er entweder mit dem Auftraggeber in Geschäftsverbindung steht oder sich diesem gegenüber zur Geschäftsbesorgung erboten hat[4]).

Zur Begründung des Vertragsverhältnisses zwischen Auftraggeber und Mäkler ist somit nur erforderlich, daß von beiden Seiten der übereinstimmend auf Erteilung und Annahme des Mäklerauftrags gerichtete Wille zum Ausdruck gebracht ist. Streit wird dabei allerdings dann oft darüber entstehen, ob überhaupt dem Mäkler die Vermittelung übertragen worden ist, wenn vom Mäkler die Anregung zum Mäklervertrage ausgegangen ist. Es wird

---

1) § 653 B.G.B. Staub S. 385.

2) Jacusiel S. 11.

3) Jacusiel S. 12.

4) § 362 Abs. 1 H.G.B. Staub S. 384. Düringer u. Hachenburg S. 529/530.

dann stets zu prüfen sein, ob derjenige, für den der Mäkler vermittelt hat, damit einverstanden war, daß der Mäkler die Tätigkeit als in seinem Auftrage vornahm. Der animus obligandi muß also auch auf seiten des Prinzipals vorhanden sein[1]). Leugnet ihn die Gegenpartei, so hat der Mäkler die Tatsachen zu beweisen, aus denen die Genehmigung seines Gegners zu folgern ist[2]). Dabei geht aber die Praxis zu Gunsten des Mäklers ziemlich weit in der Annahme, die Dienstleistungen seiner animo obligandi angenommen; dies erscheint auch berechtigt, da nicht selten diejenigen, die die Erfolge eines Mäklers verwertet haben, den daraus entstehenden Verbindlichkeiten sich zu entziehen versuchen[3]).

Da sich Auftraggeber und Mäkler in der Regel nur zur Herbeiführung eines einzelnen oder mehrerer einzelnen Verträge zusammengetan haben, kann der Mäklervertrag keine dauernden Rechtsbeziehungen zwischen beiden begründen. Sobald also diese Verträge abgeschlossen sind, und der Mäkler wegen seiner Ansprüche befriedigt ist, endigt das Vertragsverhältnis zwischen Auftraggeber und Mäkler[4]). Erwähnt soll an dieser Stelle schon werden, daß zur Erfüllung des Mäklervertrages nicht notwendig auch die Erfüllung des vermittelten Vertrages gefordert wird.

Daß der Mäklervertrag, bevor er erfüllt ist, im beiderseitigen Einverständnisse der Parteien aufgehoben werden kann, ist selbstverständlich. Aber auch durch einseitigen Rücktritt kann das Vertragsverhältnis enden, sei es durch ausdrückliche Erklärung oder durch konkludente Handlungen. Das Rücktrittsrecht des Auftraggebers ergibt sich daraus, daß für den Auftraggeber keine Verpflichtung

1) Staub S. 385. Jacusiel S. 12. Riesenfeld Bd. 37 S. 260.
2) Jacusiel S. 12. Riesenfeld ebenda.
3) Neubauer S. 8.
4) Jacusiel S. 49.

zum Abschluß des durch den Mäkler vermittelten Vertrages besteht[1]), das Rücktrittsrecht des Mäklers ist die notwendige Folge des Leugnens seiner Tätigkeitspflicht. Hat er sich jedoch zu einer besonderen Tätigkeit verpflichtet, so wird man darin einen Verzicht auf das ihm sonst zustehende Rücktrittsrecht zu erblicken haben[2]).

Endigt nun zwar durch den Rücktritt des Auftraggebers der Mäklervertrag stets, so kann der Auftraggeber sich doch der Verpflichtung zur Provisionszahlung dann nicht entziehen, wenn auf Grund der vor dem Rücktritt aufgewendeten Bemühungen des Mäklers später der gewünschte Vertrag zustande kommt[3]).

Ebenso haftet der Auftraggeber dem Mäkler völlig für die zugesagte Provision, falls er dem Mäkler das Geschäft für eine bestimmte Zeit „fest an die Hand gegeben hat“ und vor Ablauf der gesetzten Frist den Auftrag widerruft. Diese Ansicht vertritt auch das Reichsgericht, indem es ausführt, daß sich der Auftraggeber mit der Fristbestimmung selbst in dem ihm sonst zustehenden Widerrufsrechte eine gewisse Beschränkung auferlegt habe. Freilich sei stets zu prüfen, ob im einzelnen Falle die Beifügung einer Frist eine solche Bedeutung habe. Es richte sich nach dem im einzelnen Falle zu ermittelnden Willen der den Mäklervertrag Abschließenden. Die Beifügung einer Frist habe nämlich in erster Linie die Bedeutung, daß der Auftraggeber von vornherein der Tätigkeit des Mäklers ein bestimmtes Ziel setzt, also diesem von vornherein eine gewisse Zeitschranke auferlegt[4]).

Wird nach dem Abschlusse des Mäklervertrages die

---

1) R.O.H.G. Bd. 7 S. 105. Lehmann und Ring S. 204. Riesenfeld Bd. 37 S. 579/580. Jacusiel S. 49. Oertmann S. 672.

2) Lehmann und Ring S. 204. Oertmann S. 672.

3) Jacusiel S. 49.

4) R.G. Bd. 22 S. 378. Staudinger S. 1003. Riesenfeld Bd. 37 S. 584. Jacusiel S. 49/50. Lehmann und Ring S. 204. Staub S. 387.

Erfüllung des Auftrages unmöglich, so endigt gleichfalls das Vertragsverhältnis [1]).

Ob das Vertragsverhältnis durch Tod, Geschäftsunfähigkeit oder Konkurs eines Vertragsteils beendigt wird, soll im folgenden untersucht werden.

Daß der Tod des Mäklers in der Regel das Vertragsverhältnis lösen wird, folgt aus dem im Vertrauen gerade auf die individuellen Fähigkeiten und Kenntnisse dieses Mäklers erteilten Auftrage. Hat der Auftraggeber mehrere Mäkler gemeinsam beauftragt, so wird es Tatfrage sein, ob dann stets das Vertragsverhältnis aufhört. In den meisten Fällen wird man hier unbedenklich sagen können, daß der Auftrag nicht erlischt. Dies ist insbesondere von Bedeutung, wenn die Mäklerfirma eine offene Handelsgesellschaft ist; der Tod eines Teilhabers ist hier regelmäßig ohne Einfluß auf das Fortbestehen des Vertrages, falls die Gesellschaft fortgesetzt wird [2]).

Eintretende Geschäftsunfähigkeit des Mäklers hat denselben Erfolg wie der Tod [3]).

Streit herrscht jedoch in der Literatur darüber, ob auch im Falle des Todes des Auftraggebers der Mäklervertrag erlischt. Diejenigen, die mit dem Tode des Auftraggebers den Mäklervertrag als gelöst ansehen [4]), gründen ihre Ansicht darauf, daß der Wille des Auftraggebers, ein Geschäft einzugehen, keinesfalls die Erben binden kann, in vielen Fällen auch z. B. wenn es sich um Eingehung eines Dienstvertrages handelt, die Erfüllung unmöglich wird. Die Vertreter der gegenteiligen Ansicht [5])

---

1) Planck S. 631.

2) Oertmann S. 673. Düringer und Hachenburg S. 530; anschließend wohl auch Planck S. 631.

3) Oertmann ebenda. Jacusiel S. 50.

4) Riesenfeld Bd. 37 S. 580/581. Neubauer S. 30. Jacusiel S. 50.

5) Staub S. 395. Düringer und Hachenburg S. 530. Lehmann und Ring S. 204. Goldmann S. 439.

stützen sich darauf, daß kein Grund vorliegt, daß beim Mäklervertrag nicht wie bei allen anderen Verträgen auch Rechte und Pflichten des Auftraggebers auf die Erben übergehen sollten. Sie berufen sich besonders auf die Bestimmungen des § 672 B.G.B.s, deren analoge Anwendung sie fordern, daß nämlich im Zweifel der Auftrag nicht durch den Tod des Auftraggebers erlischt. Das Reichsgericht steht auf dem Standpunkt, daß der Tod des Auftraggebers in der Regel kein Beendigungsgrund des Vertragsverhältnisses ist. Es billigt also dem Mäkler die Provision zu, auch wenn die Erben, die das Geschäft abschließen, keine Kenntnis von dem Mäklervertrage, wohl aber bei Abschluß des Geschäfts Kenntnis von der Vermittlertätigkeit haben [1]).

Ebenso wie mit dem Tode verhält es sich naturgemäß auch mit der etwa eintretenden Geschäftsunfähigkeit des Auftraggebers.

Fast völlige Einstimmigkeit herrscht darüber, daß der Konkurs des Mäklers keinen Einfluß auf das Vertragsverhältnis haben kann [2]). Zuzugeben ist zwar, daß durch die Konkurseröffnung das persönliche Vertrauen des Auftraggebers zum Mäkler erschüttert werden kann; jedoch ist zu bedenken, daß das Mäklergeschäft nicht die Einsetzung eines Kapitals, sondern nur einer Arbeitskraft erfordert. Der Konkurs nimmt dem Mäkler aber nur die Verfügung über sein Vermögen.

Daß der Mäklervertrag auf der anderen Seite fast regelmäßig durch den Konkurs des Auftraggebers gelöst wird, folgt aus der Bestimmung des § 6 K.O., wonach der Gemeinschuldner mit der Konkurseröffnung das Verfügungsrecht über sein Vermögen verliert; in der Regel wird nämlich der Mäklervertrag ein Vermögensrecht des

1) R.G. Bd. 47 S. 255. Staub S. 395.

2) Jaeger S. 255. Staub S. 395. Planck S. 632. Riesenfeld S. 578 (Bd. 37). Lehmann und Ring S. 205.

Gemeinschuldners betreffen. Sollte jedoch das übertragene Geschäft die Person des Auftraggebers zum Gegenstande haben, z. B. es sich um einen Dienstvertrag handeln, so bleibt die Konkurseröffnung ohne Einfluß auf den Mäklervertrag, da sie die persönliche Geschäftsfähigkeit des Gemeinschuldners nicht schmälert[1]).

§ 5.

Die rechtliche Stellung des Mäklers zu den Parteien.

Bei Beantwortung der Frage, ob der Mäkler mit Abschluß des Mäklervertrags außer mit seinem Auftraggeber auch mit dem zukünftigen Gegenkontrahenten in ein Vertragsverhältnis tritt, gehen die Ansichten in der Wissenschaft insofern auseinander, als die einen[2]) ein solches Vertragsverhältnis zu beiden Parteien bei dem Handelsmäkler bejahen und bei dem Zivilmäkler verneinen, die anderen[3]) aber für alle Mäkler, Handels- wie Zivilmäkler, ein Vertragsverhältnis zu beiden Parteien behaupten.

Die doppelte Vertragsstellung des Handelsmäklers folgern die Vertreter dieser Ansicht aus dem Gesetze selbst. Schon die Denkschrift zum Entwurfe eines Handelsgesetzbuches sage[4]), daß im Handelsverkehre der Mäkler in der Regel als Vermittler für beide Parteien gelte, beiden seine Dienste leiste, und es meist vom Zufall abhängig sei, welche der Parteien sich zuerst an ihn gewendet habe. Denselben Standpunkt vertrete das neue Handelsgesetzbuch. Denn abgesehen davon, daß es an mehreren Stellen ausdrücklich einzelne Verpflichtungen des Mäklers den Parteien

1) Jaeger S. 247, 254. Riesenfeld Bd. 37 S. 581. Staub S. 395. Jacusiel S. 51.

2) Staub S. 383. Düringer und Hachenburg S. 524, 547. Planck S. 631. Oertmann S. 677. Crome, B.G.B. S. 710.

3) Riesenfeld Bd. 37 S. 273.

4) Denkschrift S. 83.

gegenüber erwähne[1]), bestimme es in § 98 ganz allgemein, daß der Handelsmäkler jeder der Parteien für den durch sein Verschulden entstehenden Schaden hafte, und in § 99, daß die Parteien im Zweifel den Mäklerlohn je zur Hälfte zu tragen hätten.

Damit hat aber das Gesetz, wie Staub[2]) zutreffend bemerkt, kein begrifflich notwendiges Merkmal der rechtlichen Stellung des Handelsmäklers gegeben; es hat nur den Normalfall getroffen, der jederzeit durch Parteiwillkür abgeändert werden kann. Darnach ist es also sehr wohl möglich, daß auf Grund besonderer Abrede der Mäkler im Einzelfalle nur die Interessen seines Auftraggebers wahrnehmen darf. Daß dann von vertraglichen Beziehungen zwischen dem Mäkler und dem Gegenkontrahenten nicht die Rede sein kann, und demzufolge der Mäkler von der Gegenpartei nur vom Gesichtspunkte der unerlaubten Handlung aus in Anspruch genommen werden kann, nicht aber ex contractu haftet, bedarf keiner weiteren Ausführung. Zu demselben Ergebnis gelangen auch Düringer und Hachenburg[3]), obwohl nach ihrer Ansicht der Handelsmäkler als objektiver Vermittler zu beiden Parteien, zwischen denen er ein Geschäft vermittelt, notwendig in vertragliche Beziehungen tritt[4]). Damit, daß sie andererseits aber selbst zugeben[5]), der Handelsmäkler könne unter Umständen auch nur für eine Partei tätig werden, geben sie wohl auch ihre Ansicht auf, es sei ein begrifflich notwendiges Merkmal der rechtlichen Stellung des Handelsmäklers, daß er zu beiden Parteien in ein Vertragsverhältnis tritt.

Mag nun auch der Zivilmäkler in der Regel nur zu

---

1) Z. B. §§ 94, 96, 101 H.G.B.
2) Staub S. 383.
3) Düringer und Hachenburg S. 547.
4) Düringer und Hachenburg S. 524.
5) Düringer und Hachenburg S. 547.

seinem Auftraggeber in ein Vertragsverhältnis treten, so ist es doch nicht ausgeschlossen, daß der Zivilmäkler auch für beide Parteien tätig wird. Aus § 654 B.G.B. kann keinesfalls gefolgert werden, daß dem Mäkler die Tätigkeit für beide Parteien versagt sein soll. Denn § 654 B.G.B. schließt nur den Anspruch auf Mäklerlohn aus, wenn der Mäkler dem Inhalte des Vertrages zuwider auch für den anderen Teil tätig gewesen ist. Abgesehen davon, daß eine ausdrückliche Vereinbarung zwischen dem Auftraggeber und dem Mäkler getroffen ist, daß er nicht für den anderen Teil tätig werden darf, wird der Mäkler insbesondere dann dem Inhalte des Vertrages zuwider handeln, wenn er kollidierende Interessen vertreten würde [1]). Wann diese vorliegen, und ob der Mäkler im einzelnen Falle die Interessen seines Auftraggebers durch Interessenvertretung auch der anderen Partei verletzt hat, wird oftmals schwer zu entscheiden sein. Die Beweislast der Pflichtverletzung und damit des Bestehens eines kollidierenden Interesses liegt dem Auftraggeber ob, da er daraus seine Berechtigung, die Bezahlung des Mäklerlohnes abzulehnen, herleiten will [2]). Eine kontraktwidrige Vertretung kollidierender Interessen durch den Mäkler liegt natürlich dann nicht vor, wenn der Mäkler mit Wissen beider Teile kollidierende Aufträge angenommen hat.

Nach den gegebenen Ausführungen kann somit u. E. nicht allgemein der Grundsatz aufgestellt werden, daß zwar der Handelsmäkler, aber nicht der Zivilmäkler, oder daß Handels- wie Zivilmäkler zu beiden Parteien in ein Vertragsverhältnis treten.

Steht nun zwar der Mäkler im einzelnen Falle in keinem Verhältnis zur Gegenpartei, so macht ihn dies nicht von der Haftung für jedes Verschulden gegenüber

1) Crome, Part. Rechtsgesch. S. 427; Oertmann S. 678; Planck S. 638; Staub S. 393.

2) Staub S. 393. Crome a. a. O. S. 428; ähnlich auch Planck S. 639.

der anderen Partei frei. Seine Haftung würde, wie schon oben (S. 34) erwähnt, nach den Vorschriften der §§ 823 ff. B.G.B. zu beurteilen sein.

Ob im Falle, daß der Zivilmäkler zu beiden Parteien in einem Vertragsverhältnisse steht, die Bestimmung des § 99 H.G.B. analog anzuwenden ist, daß also jede Partei nur die Hälfte des Lohnes zu entrichten hat, ist streitig. Crome[1]) meint, es stehe kein Verbot entgegen, den Lohn ganz von beiden Seiten beizutreiben. Denn auf der anderen Seite könne es ja auch vorkommen, daß dem Mäkler, falls er gegen seine übernommenen Vertragspflichten verstößt, von beiden Parteien die Einrede gegen den Lohnanspruch entgegengehalten, der Mäklerlohn also unter Umständen von keiner Seite geschuldet wird.

Auch Planck[2]), Staudinger[3]) und Oertmann[4]) vertreten die Ansicht, daß der Mäkler gegebenenfalls doppelten Lohn verlangen kann[5]).

§ 6.

Rechte des Mäklers.

I. Der Mäklerlohn.

A. Der Anspruch auf Mäklerlohn.

Nach § 652 B.G.B. hat der Mäkler einen Anspruch auf Mäklerlohn, wenn der Vertrag infolge des Nachweises oder infolge der Vermittelung des Mäklers zustande gekommen ist. Dies gilt auch für den Mäkler im Handelsrecht, da das Handelsgesetzbuch keine Bestimmungen enthält, wann die Voraussetzungen des Anspruchs auf Mäklerlohn erfüllt sind.

---

1) Crome, Part. Rechtsgesch. S. 432.
2) Planck S. 639.
3) Staudinger S. 1003.
4) Oertmann S. 678.
5) A. A. Endemann S. 1114.

Mit der Vorschrift des § 652 B.G.B. ist unzweideutig zum Ausdruck gebracht, daß wesentlich für die Entstehung des Anspruchs auf Mäklerlohn der Erfolg ist, der Mäkler nicht etwa schon von nur übermittelten, aber von dem Auftraggeber nicht angenommenen Offerten, also für seine Bemühungen, Provision fordern kann[1]). Für seine vor Abschluß des Vertrages entwickelte Tätigkeit wird man ihm jedoch dann den Anspruch auf Provision zuzubilligen haben, wenn der Auftraggeber dem Mäkler zur Vollziehung des Auftrags eine bestimmte Frist setzt und der Auftraggeber vor Ablauf dieser Frist von dem ihm sonst zustehenden Widerrufsrechte Gebrauch macht[2]). Streit herrscht besonders darüber, ob der Mäkler, wenn er sich Provision „für alle Fälle" hat versprechen lassen, auch bei Nichtzustandekommen des Vertrags die Provision verlangen kann. U. E. liegt darin ein Versprechen, die Bemühungen auch ohne Erfolg zu vergüten, vorausgesetzt natürlich, daß der Mäkler überhaupt tätig geworden ist[3]).

Der Fall, daß der Mäkler tätig geworden ist, der Auftraggeber aber darnach seinen Auftrag zurückzieht, später jedoch der Vertrag auf Grund der vom Mäkler aufgewendeten Bemühungen noch zustande kommt, haben wir oben (S. 30) schon berührt. In diesem Falle wird man dem Mäkler regelmäßig die Vergütung zubilligen müssen, wenn tatsächlich der Vertragsabschluß auf seine vor Widerruf des Auftrags entwickelte Tätigkeit zurückzuführen ist[4]). In diesem Sinne sprechen sich auch die Motive (S. 513) zum Bürgerlichen Gesetzbuch aus: es sei unter Berücksichtigung der Gesamtheit der Umstände zu prüfen, ob ein ursächlicher Zusammenhang zwischen der Tätigkeit des Mäklers und dem Abschlusse des Vertrages

1) Jacusiel S. 27.
2) Vgl. die oben S. 30 zitierte Literatur.
3) A. A. Jacusiel S. 29.
4) Planck S. 635/636. Oertmann S. 676. Staub S. 390.

besteht, bez. ob mit Rücksicht auf Treu und Glauben die Verpflichtung zur Zahlung der Mäklergebühr als im Sinne des Vertrages liegend anzusehen ist.

Nach dem Gesagten hängt also die Verpflichtung zur Zahlung des Mäklerlohnes in der Regel von dem Zustandekommen des vermittelten Vertrages ab. Wann der Vertrag als zustande gekommen zu betrachten ist, soll im folgenden erörtert werden.

Zum Zustandekommen des Vertrags gehört in erster Linie, daß er rechtsgültig und wirksam abgeschlossen worden ist. Es darf somit kein nichtiger Vertrag vorliegen. Ist also der Mäkler z. B. bei der Vermittelung des Verkaufes eines Bordells[1]) tätig gewesen, so kann ihm kein Anspruch auf Provision zustehen, da ein solcher Vertrag nach § 138 B.G.B. gegen die guten Sitten verstößt und deshalb nichtig ist.

Ähnlich ist es bei anfechtbaren Rechtsgeschäften. Jedoch muß, um ein Recht auf Verweigerung der Mäklergebühr zu begründen, die Anfechtung tatsächlich erfolgt sein, da erst dann gemäß § 142 B.G.B. das Rechtsgeschäft als von Anfang an nichtig anzusehen ist. Vor vollzogener Anfechtung dürfte daher der Auftraggeber die begehrte Lohnzahlung nicht verweigern dürfen[2]). Nach erfolgter Anfechtung kann er jedoch den bereits gezahlten Lohn nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung (§§ 812 ff. B.G.B.) zurückfordern.

Gehört zur Rechtsgültigkeit des Vertrages eine Form, so muß auch diese beobachtet sein. Dies ist besonders für die Grundstücksmäkler von großer Bedeutung. So erwirbt der Grundstücksmäkler bei der Vermittelung eines Grundstückskaufes erst dann den Anspruch auf Provision, wenn der Vertrag gemäß § 313 B.G.B. gerichtlich oder notariell

---

1) R.O.H.G. Bd. 4 S. 238. Planck S. 633, Staub S. 387.
2) Oertmann S. 675.

beurkundet ist, bez. wenn, ohne daß diese Formen gewahrt sind, Auflassung und Eintragung im Grundbuche erfolgt sind. (§ 313 Satz 2 B.G.B.)

Wird der Mangel der Form durch tatsächliche Erfüllung geheilt[1]), so wird der Anspruch auf Provision auch erst mit der tatsächlichen Erfüllung fällig[2]).

Bemerkenswert ist auch noch der Fall, daß die Parteien eine bestimmte Form, z. B. Beurkundung des beabsichtigten Vertrags verabredet haben. Die Mäklergebühr ist hier erst dann verdient, wenn der Vertrag in der vereinbarten Form abgeschlossen ist, da nach § 154 Abs. 2 B.G.B. ohne Beobachtung der verabredeten Form der Vertrag regelmäßig als nicht geschlossen zu gelten hat.

Für den Fall, daß der vermittelte Vertrag unter einer aufschiebenden Bedingung geschlossen wird, bestimmt § 652 Abs. 1 Satz 2 B.G.B., daß der Mäklerlohn erst mit Eintritt der Bedingung verlangt werden kann. Dieser Standpunkt wurde auch schon im früheren Rechte[3]) vertreten und ist besonders in einer Entscheidung des Reichsgerichts[4]) zum Ausdruck gekommen, die ausführt, daß durch den Abschluß eines bedingten Vertrages zwar auch schon ein Erfolg erreicht sei, allein bei der Beauftragung eines Vermittlers regelmäßig ein weiterer Erfolg ins Auge gefaßt werde.

Wenn der Abschluß des Vertrages unter einer auflösenden Bedingung erfolgt ist, hat der Mäkler sofort Anspruch auf seine Provision[5]). Fraglich ist nur, ob im

---

1) Z. B. § 766 B.G.B.

2) R.G. Bd. 29 S. 230.

3) Art. 82a H.G.B., wonach allerdings wohl kein Unterschied zwischen aufschiebend und auflösend bedingten Geschäften gemacht wird. (Vgl. Riesenfeld Bd. 37 S. 543.)

4) Bolze Bd. 7 Nr. 508. Jur. Wochenschrift 1889 S. 247.

5) Mot. zum B.G.B. S. 513. Planck S. 634. Staub S. 390. Oertmann S. 675.

Falle des Eintritts der Bedingung, der nach § 158 B.G.B. zur Folge hat, daß der frühere Rechtszustand wieder eintritt, der Mäkler zur Rückzahlung der Provision verpflichtet ist. Nach der Ansicht der meisten Kommentatoren[1]) wird mit dem Eintritt der Resolutivbedingung der Anspruch des Mäklers auf Lohn hinfällig, und der etwa schon gezahlte Lohn kann nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung (§§ 812 ff. B.G.B.) zurückgefordert werden. Wir schließen uns dieser Ansicht an, für die insbesondere auch eine Entscheidung des Oberlandesgerichts zu Stuttgart spricht[2]).

Notwendige Voraussetzung des Lohnanspruches ist weiter, daß infolge der Tätigkeit des Mäklers das vermittelte Geschäft zustande gekommen ist[3]), also ein ursächlicher Zusammenhang zwischen der Mäklertätigkeit und dem Zustandekommen des Vertrages besteht; dem Auftraggeber muß aber auch beim Vertragsabschlusse dieser Zusammenhang bekannt gewesen sein[4]). Notwendig ist aber nicht, daß ausschließlich durch die Tätigkeit des Mäklers der Erfolg herbeigeführt worden ist[5]); es genügt, wenn der Erfolg mit auf seine Tätigkeit zurückzuführen ist. Daraus folgt, daß der Mäkler sich beliebig durch Gehilfen und andere Mäkler vertreten lassen kann[6]), ohne dadurch seinen Provisionsanpruch einzubüßen[7]). Die Praxis lehrt auch, daß verhältnismäßig selten ein Geschäft durch einen Mäkler allein zustande gebracht wird.

---

1) Planck a. a. O. Staub a. a. O. Staudinger S. 1007. Dernburg B.G.B. S. 555. Lehmann und Ring S. 212. Makower S. 267.

2) D. J. Z. 1904 S. 822. A. A. Oertmann S. 675. Düringer und Hachenburg S. 549.

3) Riesenfeld Bd. 37 S. 544. Planck S. 635. Staub S. 390.

4) Planck a. a. O. Jacusiel S. 35. R.G. Bd. 31 S. 291. A. A. Oertmann S. 676.

5) Jacusiel S. 34. Bolze Bd. 19 Nr. 456.

6) Staub S. 392. Bolze Bd. 5 Nr. 579. Oertmann S. 676.

7) Staub a. a. O. u. S. 390.

Den ursächlichen Zusammenhang hat im Streitfalle der Mäkler zu beweisen [1]). Denn für den Kausalzusammenhang besteht, auch wenn die Bemühungen des Mäklers einerseits und der Abschluß des gewünschten Geschäfts andrerseits feststehen, keinerlei Vermutung [2]). Allerdings ist auch kein strikter Beweis etwa dahin zu führen, daß der Vertrag ohne die Tätigkeit des Mäklers unmöglich gewesen wäre. Die vorliegenden Tatsachen müssen aber die Zurückführung des eingetretenen Erfolges auf die Tätigkeit des Mäklers nach den Regeln der Erfahrung gestatten [3]).

Weitere Voraussetzung für die Entstehung des Provisionsanspruchs ist, daß der bei Abschluß des Mäklervertrags in Aussicht genommene Vertrag zustande gekommen ist. Ob das etwa unter anderen Bedingungen als den vereinbarten abgeschlossene Geschäft immer noch das aufgetragene ist, wird oft schwer zu entscheiden sein.

Das Reichsgericht [4]) hat sich dahin ausgesprochen, daß der Mäkler die Provision dann trotzdem verlangen könne, wenn nur das beabsichtigte Unternehmen als solches in seiner Wesenheit gelungen und der Zweck der Unternehmung erreicht sei. Unerhebliche, die rechtliche oder wirtschaftliche Individualität unberührt lassende Änderungen kommen also nicht in Betracht [5]).

Hat der Auftraggeber von den Verhandlungen, aus denen sich die Veränderung des ursprünglich aufgetragenen Geschäfts ergibt, Kenntnis und bedient er sich des Mäklers trotz dieser Kenntnis auch bei Herbeiführung des Geschäfts

---

1) Jacusiel S. 34.

2) Bolze Bd. 11 Nr. 741. A. A. Planck S. 635, Oertmann a. a. O. Staub S. 390.

3) J. W. 1894 S. 132. Jacusiel S. 35.

4) Bolze Bd. 9 Nr. 324; ähnlich Bolze Bd. 6 Nr. 492 und Bd. 8 Nr. 431. Staub S. 391. Planck S. 635.

5) Vgl. R.O.H.G. Bd. 8 S. 76. Oertmann S. 675.

in veränderter Form, so wird man dem Mäkler billigerweise zum mindesten eine angemessene Provision zuzusprechen haben[1]). Denn im Zweifel wird darin ein neues stillschweigendes Zahlungsversprechen zu erblicken sein[2]).

Irrelevant für die Entstehung des Provisionsanspruches ist es, ob auch der Vertrag zur Ausführung gekommen bez. erfüllt ist oder nicht. Wird also das vermittelte Geschäft später wieder rückgängig gemacht, so ist diese Aufhebung des Vertrags auf den Lohnanspruch des Mäklers ohne Einfluß[3]). Streitig ist jedoch, ob dem Mäkler die Provision auch dann zuzubilligen ist, wenn die Erfüllung des Vertrags deshalb nicht erfolgt ist, weil der dritte Kontrahent zahlungsunfähig ist. Der Ansicht des Reichsgerichts[4]), das in diesem Falle dem Mäkler den Provisionsanspruch versagt, können wir nicht zustimmen. U. E. fällt der Provisionsanspruch nur dann weg, wenn der Mäkler die Zahlungsunfähigkeit des Dritten arglistig verschwiegen hat[5]).

Daß vertragsmäßig die Zahlung des Mäklerlohnes davon abhängig gemacht werden kann, daß der vermittelte Vertrag ganz oder teilweise erfüllt ist, wie z. B. bei der Klausel „Zahlung des Mäklerlohnes nach erfolgter Übergabe", ist selbstverständlich[6]).

Streit herrscht, ob bei der Vermittelung von Darlehen dieses bereits ausgezahlt sein muß, um den Lohnanspruch geltend machen zu können oder ob die Provision schon mit dem Abschlusse des pactum de mutuo dando[7]) ge-

---

1) Staub S. 391. Jacusiel S. 37. A. A. Bolze Bd. 23 S. 433.
2) So auch Lehmann und Ring S. 213.
3) Jacusiel S. 38.
4) D.J.Z. 1897 S. 365.
5) So Planck S. 635; Staub S. 389, 394. Jacusiel a. a. O.
6) Planck S. 635.
7) § 610 B.G.B.

fordert werden kann. Das Reichsgericht[1]) hat sich dahin ausgesprochen, daß dem Mäkler die Provision erst bei Hingabe des Darlehns zusteht, falls nichts Gegenteiliges vereinbart oder aus den Umständen zu entnehmen ist, daß nach der Absicht der Parteien die Provision schon bei dem Abschlusse eines gültigen Darlehnsvorvertrages verdient sein soll.

B. Die Höhe des Mäklerlohns.

§ 653 Abs. 2 B.G.B. bestimmt bezüglich der Höhe der Provision, daß, falls die Höhe der Vergütung nicht bestimmt ist, bei dem Bestehen einer Taxe der taxmäßige Lohn, in Ermangelung einer Taxe der übliche Lohn als vereinbart anzusehen ist. Daraus geht hervor, daß die Höhe der Vergütung sich in erster Linie nach dem Versprechen des Auftraggebers bemißt[2]). Sie wird entweder in einer bestimmten, ziffermäßig fixierten Summe bestehen[3]), oder in einem Prozentsatze des durch das vermittelte Geschäft bewirkten Warenumsatzes[4]).

Der Höhe der Provision hat das Gesetz im allgemeinen keine Schranke gesetzt. Nur hat es im Falle des Nachweises der Gelegenheit zum Abschlusse eines Dienstvertrags oder der Vermittelung eines solchen Vertrags bestimmt, daß ein unverhältnismäßig hoher vereinbarter Lohn durch richterliches Urteil auf Antrag herabgesetzt werden kann, solange er noch nicht entrichtet ist (§ 655 B.G.B.). Im übrigen kann also der vereinbarte Lohn über den taxmäßigen hinausgehen. Stellt sich allerdings das Ver-

1) R.G. Bd. 39 S. 231. Ebenso: Riesenfeld Bd. 37, S. 545, 546. Planck S. 635; Oertmann S. 676. Dernburg B.G.B. S. 556; Staub S. 389; Lehmann und Ring S. 213. Cosack S. 248. Behrend S. 414; Makower S. 267. Staudinger S. 1006. A. A. Düringer und Hachenburg S. 549.

2) Staudinger S. 1010.

3) Riesenfeld Bd. 37 S. 560.

4) Jacusiel S. 42.

sprechen eines unverhältnismäßig hohen Lohnes als eine Ausbeutung der Notlage, des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit dar, so ist das ganze Rechtsgeschäft nach § 138 Abs. 2 B.G.B. nichtig. Der Ansicht Jacusiels[1]), der in einem solchen Falle § 653 Abs. 2 B.G.B. angewendet wissen will, daß also die vereinbarte Summe auf den üblichen Lohn herabzusetzen ist, können wir uns nicht anschließen; wir sind der Meinung, daß der Mäkler in einem solchen Falle überhaupt nichts verlangen kann.

Ist weder über Höhe noch über Zahlung einer Provision überhaupt eine Verabredung getroffen worden, so wird man gemäß § 354 H.G.B. dem Handelsmäkler bei Kenntnis des Auftraggebers, daß der Mäkler die Vermittelung gewerbsmäßig betreibt, den taxmäßigen bezw. den üblichen Lohn zuzubilligen haben.

In einer Reichsgerichtsentscheidung[2]) ist der Fall behandelt, daß vor Beendigung einer Vermittelung der Auftraggeber erklärt, eine geringere als die vereinbarte Provision zu zahlen, der Mäkler seine Tätigkeit trotzdem fortsetzt. Das Reichsgericht spricht dem Mäkler hier den Anspruch auf die ursprüngliche Vergütung ab.

Andererseits kann der Mäkler, wenn er in einem solchen Falle seine Tätigkeit eingestellt hat, doch die vereinbarte Provision fordern, wenn später auf Grund seiner früheren Tätigkeit der Vertrag noch zustande kommt.

II. Ersatz von Aufwendungen.

Der Mäkler hat an sich kein Recht, Ersatz seiner Aufwendungen zu fordern. § 652 Abs. 2 B.G.B. macht den Anspruch des Mäklers auf Ersatz von Aufwendungen davon abhängig, daß Auftraggeber und Mäkler dies ausdrücklich vereinbaren. Diese Vereinbarung beruht also

1) Jacusiel S. 42.
2) Bolze Bd. 17 Nr. 376.

auf einem selbständigen vom Mäklervertrage gesonderten Vertrage. Die Verpflichtung zum Ersatze von Aufwendungen bestimmt sich in diesem Falle nach den Bestimmungen der §§ 256, 257 B.G.B.[1]). Es sind demnach auch die Aufwendungen vom Tage ihrer Entstehung an zu verzinsen; auch kann der Mäkler, falls er bei Ausübung seiner Vermittlertätigkeit Verbindlichkeiten eingegangen ist, Befreiung davon oder, wenn sie noch nicht fällig sind, Sicherheitsleistung verlangen.

Das Gesetz fügt in § 652 Abs. 2 S. 2 hinzu, daß im Falle der Vereinbarung des Ersatzes von Aufwendungen der Erfolg der Vermittelung für die Erstattung der Auslagen gleichgültig ist. Damit ist der Streit, der vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs herrschte, ob nämlich auch im Falle des Nichtzustandekommens des Geschäfts Auslagen zu ersetzen sind, beseitigt.

Da der Mäkler ohne vorherige Vereinbarung auch nicht wie der Handlungsagent (§ 90 H.G.B.) Ersatz von außergewöhnlichen Auslagen beanspruchen kann, so wird der Mäkler regelmäßig mit seinem Auftraggeber vereinbaren, daß Auslagen zu ersetzen sind. Dem Mäkler den Anspruch auf Ersatz von außergewöhnlichen Auslagen aus dem Gesichtspunkte der Bereicherung oder Geschäftsführung ohne Auftrag zuzubilligen, halten wir für ausgeschlossen[2]). Dabei ist natürlich zu beachten, daß es sich um solche Auslagen handeln muß, die einen Teil der Vermittlertätigkeit bilden. Sind die Auslagen bei Gelegenheit der Vermittelung gemacht worden, dann kann der Mäkler allerdings auch ohne vorherige Vereinbarung Ersatz seiner Aufwendungen entweder nach den Regeln über Geschäftsführung ohne Auftrag oder über ungerechtfertigte Bereicherung verlangen[3]), falls die übrigen gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen.

1) Planck S. 636; Oertmann S. 676.

2) Staub S. 386.

3) Düringer und Hachenburg S. 551; Jacusiel S. 48.

III. Anhang. Erfüllungsort und Verjährung.

Der Erfüllungsort des Provisionsanspruches richtet sich bei Zivil- und Handelsmäkler nach der allgemeinen Vorschrift des § 269 B.G.B.[1]). Es ist sonach, falls nicht eine ausdrückliche anderweite Vereinbarung getroffen ist, oder eine solche als stillschweigend getroffen angenommen werden kann, Erfüllungsort für die Lohnforderung des Mäklers der Ort, an dem der Auftraggeber zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses seinen Wohnsitz bez. seine Handelsniederlassung hatte. Eine Entscheidung des Reichsgerichts[2]) besagt, daß nicht ohne weiteres angenommen werden kann, daß der Ort, an dem der Mäkler tätig geworden ist, oder an dem der von ihm vermittelte Vertrag geschlossen oder erfüllt ist, auch stillschweigend als Erfüllungsort vereinbart ist, insbesondere daß dort, wo das vermittelte Darlehen zu zahlen ist, nicht ohne weiteres auch die Provision zu entrichten ist.

Bezüglich der Verjährung des Provisionsanspruches gilt folgendes:

Ist der Mäkler weder gewerbsmäßiger Vermittler noch Kaufmann, so verjährt der Anspruch in dreißig Jahren (§ 195 B.G.B.). Ist er dagegen gewerbsmäßiger Vermittler oder Kaufmann, wobei es gleichgültig ist, ob er gewerbsmäßig vermittelt oder nicht, so beträgt die Verjährungsfrist regelmäßig zwei Jahre. (§ 196 Abs. 1 Ziff. 1 und 7.) Ist jedoch auch der Auftraggeber Kaufmann oder gehört das vermittelte Geschäft sonst zu seinem Gewerbebetriebe, so tritt an die Stelle der zweijährigen eine vierjährige Verjährung. (§ 196 Abs. 1 Ziff 1 und Abs. 2 B.G.B.)

Die Verjährung beginnt nach § 201 B.G.B. mit dem Schlusse des Jahres, in dem die Forderung fällig wird.

---

1) Staub S. 395.
2) Bolze Bd. 18 Nr. 303.

§ 7.
Die Pflichten des Mäklers.

Besteht zwar, wie wir oben (S. 22) gesehen haben, mit dem Abschlusse des Mäklervertrags noch keine Verpflichtung für den Mäkler, tätig zu werden, so treffen ihn doch für den Fall seines Tätigwerdens gewisse Pflichten. Diese sind in gleicher Weise wie für den Zivil-, so auch für den Handelsmäkler in erster Linie die Treupflicht, die Sorgfaltspflicht und die Pflicht zur Verschwiegenheit.

1. Die Treupflicht.

Diese äußert sich in der Pflicht zur Wahrheit und Offenheit gegenüber seinem Auftraggeber[1]). Er hat über alle für den Vertragsabschluß maßgebenden Verhältnisse und Tatsachen offen und der Wahrheit entsprechend seinem Auftraggeber Mitteilung zu machen und auch über seine in Aussicht genommenen Maßnahmen und seine Tätigkeit Aufschluß zu geben. Alle Tatsachen und Umstände, die etwa geeignet sein können, den Auftraggeber von dem Vertragsabschluß mit der Gegenpartei abzuhalten, hat er ihn wissen zu lassen[2]). Hat er zwar nicht die Verpflichtung, sich über die Zahlungsfähigkeit der Gegenpartei zu unterrichten[3]), so handelt er doch seiner Treupflicht zuwider, wenn er trotz Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit diesen Umstand verschweigt[4]). Eine Erkundigungspflicht nach der Kreditwürdigkeit der Gegenpartei kann ihm aber natürlich durch besondere Vereinbarung mit seinem Auftraggeber auferlegt werden. Unterließe er dann die Prüfung

1) Riesenfeld Bd. 37 S. 278.
2) Riesenfeld Bd. 37 S. 279.
3) Vgl. oben S. 42; Crome, B.G.B. S. 710; Staub S. 394; Planck S. 630.
4) Bolze Bd. 4 Nr. 647.

der Zahlungsfähigkeit, so würde er sich der Verletzung seiner Treupflicht schuldig machen.

Kann das Geschäft unter vorteilhafteren Bedingungen geschlossen werden, als sie der Auftraggeber gesetzt hat, so hat der Mäkler den Vertrag unter diesen günstigeren Bedingungen zu vermitteln.

2. Die Sorgfaltspflicht.

Der Mäkler hat bei Ausführung seines Auftrags mit der nötigen Sorgfalt vorzugehen[1]). Er hat sorgfältig zu prüfen, ob seine dem Auftraggeber zu machenden Mitteilungen der Wahrheit entsprechen; etwaige Anweisungen seines Auftraggebers hat er genau zu befolgen. Er ist insbesondere verpflichtet, jederzeit genauen Bericht über den Sachstand seinem Auftraggeber rechtzeitig zukommen zu lassen.

3. Die Pflicht zur Verschwiegenheit.

Als Vertrauensperson seines Auftraggebers hat er dessen Mitteilungen geheim zu halten; er darf z. B. nicht die seinen Auftraggeber zum Geschäftsabschlusse etwa drängende Lage verraten. Auf der anderen Seite hat er auch die Mitteilungen des Gegenkontrahenten nur seinen Auftraggeber zu übermitteln, da sonst der Abschluß des Geschäfts sehr leicht in Frage gestellt werden kann.

Die Verschwiegenheitspflicht geht aber nicht soweit, daß der Mäkler die Namen der Kontrahenten verschweigen muß[2]), mag auch die Geheimhaltung der Namen im einzelnen Falle für die eine oder die andere Partei wichtig sein. Denn der Mäkler muß beide Parteien namentlich bekannt machen, da er selbst ja nicht den Vertrag abzuschließen hat. Er hat den Konsens der einen Partei an die andere

1) Riesenfeld Bd. 37 S. 279.
2) Riesenfeld S. 277.

zu vermitteln, und zum Vertragskonsens gehört auch der Konsens über das Vertragssubjekt [1]).

Die Verletzung dieser aufgeführten Pflichten des Mäklers hat für ihn rechtliche Nachteile zur Folge. Riesenfeld [2]) teilt diese Wirkungen in negative und positive. Die negative besteht darin, daß der Mäkler seinen Anspruch auf Provision verlieren kann, die positive besteht in seiner Haftung für den durch seine unredliche Handlungsweise verursachten Schaden.

Der Mäkler haftet für Vorsatz und Fahrlässigkeit und zwar hat er nicht nur für sein eigenes Verschulden einzustehen, sondern in gleichem Umfange wie für sein eigenes auch für das seiner Gehilfen (§ 278 B.G.B.). Für den Handelsmäkler ist der Grad seiner Haftung in § 98 H.G.B. ausdrücklich bestimmt. Ist der Mäkler Kaufmann, so hat er nicht nur die im Verkehr erforderliche Sorgfalt [3]) zu beobachten, sondern haftet nach § 347 H.G.B. auch für Verletzungen der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns. Zu betonen ist, daß in einem solchen Falle der Mäkler auch dafür einzustehen hat, daß seine Gehilfen die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns nicht verletzen [4]).

Der Umfang der Haftung des Mäklers wird durch die allgemeinen Vorschriften (§§ 249 flgde. B.G.B.) bestimmt. Er hat danach den Vermögensnachteil zu ersetzen, der ohne seine Pflichtverletzung nicht entstanden wäre. Hat der Mäkler z. B. durch wissentlich unrichtige Mitteilungen von Tatsachen seinen Auftraggeber zum Verkauf

1) Sohm in Goldschmidts Zeitschr. für das gesamte Handelsrecht Bd. 17 S. 50.

2) Riesenfeld Bd. 37 S. 282/283.

3) Nach § 276 B.G.B. ist der Begriff der „Fahrlässigkeit" die Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt.

4) Staub S. 394.

bestimmt, derart, daß dieser bei Kenntnis der Sachlage das Geschäft nicht abgeschlossen haben würde, und geht er gerade infolge dieser Tatsachen seines Kaufpreises verlustig, so trifft den Mäkler zunächst nur die Verpflichtung, das zu ersetzen, was dem Verkäufer der Kaufgegenstand gekostet hat, nebst den Kosten, nicht etwa aber den höheren Verkaufspreis. Denn nur in dieser Höhe ist dem Auftraggeber ein Schaden erwachsen [1]). Ist jedoch infolge des durch den Mäkler vermittelten nachteiligen Geschäfts ein anderes Geschäft nicht abgeschlossen worden, so haftet der Mäkler auch für den entgangenen Gewinn [2]).

Neben den oben erwähnten Pflichten des Mäklers, nämlich der Treupflicht, der Sorgfaltspflicht und der Pflicht zur Verschwiegenheit, treffen den Handelsmäkler in privatrechtlicher Hinsicht noch weitere Pflichten, nämlich die Pflicht zur Aufbewahrung der Probe und zur Ausstellung von Schlußnoten.

Die Aufbewahrung der Probe besteht nach § 96 H.G.B. darin, daß der Handelsmäkler, sofern nicht die Parteien ihm dies erlassen oder der Ortsgebrauch mit Rücksicht auf die Gattung der Ware davon entbindet, von jeder durch seine Vermittelung nach Probe verkauften Ware die Probe, falls sie ihm übergeben ist, solange aufzubewahren hat, bis die Ware ohne Einwendungen gegen ihre Beschaffenheit angenommen oder das Geschäft in anderer Weise erledigt wird; außerdem hat er diese Probe durch ein Zeichen kenntlich zu machen.

Die Pflicht zur Aufbewahrung der Warenprobe hat also zur Voraussetzung, daß ein Kauf nach Probe gemäß § 494 B.G.B. [3]) durch den Handelsmäkler vermittelt und

1) Jacusiel S. 16/17. Bolze Bd. 3 Nr. 637.

2) Staub S. 394.

3) § 494 B.G.B. lautet: Bei einem Kaufe nach Probe oder nach Muster sind die Eigenschaften der Probe oder des Musters als zugesichert anzusehen.

die Probe von den Parteien ihm übergeben ist[1]). Eine Verpflichtung zur Beschaffung der Probe besteht für den Mäkler gesetzlich nicht[2]), doch wird es unter Umständen der von ihm im allgemeinen zu erwartenden Sorgfalt entsprechen, daß er die Parteien darauf aufmerksam macht, daß ihm die Aufbewahrung der übergebenen Probe obliegt[3]).

Haben beide Parteien auf die Aufbewahrung der Probe verzichtet, oder besteht mit Rücksicht auf die Gattung der Ware ein abweichender Ortsgebrauch, so ist der Handelsmäkler von der Aufbewahrungspflicht entbunden.

Die Protokolle der Kommission zur Beratung eines Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs erwähnen[4]), daß es genüge, einen so erheblichen Teil der Probe aufzubewahren, als zur Wiedererkennung erforderlich ist; es besteht also für den Mäkler nicht die Pflicht, die ganze Probe aufzubewahren. Dagegen bedarf es stets des Einverständnisses beider Parteien und der Eintragung in das Tagebuch, falls der Mäkler an Stelle der übergebenen Probe eine andere setzen will[5]).

Nach dem Gesetz hat der Mäkler, wie schon erwähnt, die Probe solange aufzubewahren, bis die Parteien die Ware ohne Einwendungen angenommen haben oder das Geschäft in anderer Weise erledigt ist, z. B. durch Vergleich, Verjährung oder Rückgängigmachung[6]). Da also das Gesetz keine bestimmte Zeit für die Beendigung der Aufbewahrungspflicht vorschreibt, wird sich der Mäkler

---

1) Staub S. 405. Düringer und Hachenburg S. 545.
2) Staub S. 405. Düringer und Hachenburg S. 545. Jacusiel S. 17.
3) Düringer und Hachenburg a. a. O.
4) S. 973. Staub a. a. O. Lehmann und Ring S. 209.
5) Düringer und Hachenburg S. 545. Goldmann S. 451.
6) Staub S. 405. Lehmann und Ring S. 209.

oft um die Ausführung des Geschäfts kümmern müssen[1]). Nach endgültiger Erledigung des Geschäfts hat der Mäkler die Probe der Partei, von der er sie bekommen hat, zurückzugeben. Es ist dies zwar nicht im Gesetz ausdrücklich bestimmt, doch wird man unbedenklich die Vorschrift des § 667 B.G.B.[2]) analog anwenden können.

Bei vorzeitiger Rückgabe der Probe macht er sich wie bei jeder Verletzung seiner Aufbewahrungspflicht beiden Parteien gegenüber schadensersatzpflichtig[3]).

Eine weitere Pflicht des Handelsmäklers in privatrechtlicher Hinsicht bestimmt endlich, wie oben schon angedeutet, § 94 H.G.B., wonach der Mäkler im Zweifel nach dem Abschlusse des Geschäfts jeder Partei eine von ihm unterzeichnete Schlußnote zuzustellen hat.

Als Inhalt der Schlußnote bezeichnet § 94 Abs. 1 H.G.B. die Angabe der Parteien, des Gegenstandes und der Bedingungen des Geschäfts, insbesondere bei Verkäufen von Waren oder Wertpapieren deren Gattung und Menge, sowie des Preises und der Zeit der Lieferung.

Während an sich nur die Unterschrift des Mäklers erforderlich ist, bestimmt das Gesetz in § 94 Abs. 2 H.G.B., daß bei Geschäften, die nicht sofort erfüllt werden sollen, die Schlußnote den Parteien zu ihrer Unterschrift zuzustellen und jeder Partei die von der anderen unterschriebene Schlußnote zuzusenden ist.

Wie der Mäkler die Schlußnote jeder Partei gemäß § 94 Abs. 1 H.G.B. unverzüglich[4]) nach Abschluß des Geschäfts zuzustellen hat, so hat er ebenfalls unverzüglich bei Verweigerung der Annahme oder Unterschrift der

---

1) Jacusiel S. 18.

2) § 667 B.G.B. lautet: Der Beauftragte ist verpflichtet, dem Auftraggeber Alles, was er zur Ausführung des Auftrags erhält und was er aus der Geschäftsbesorgung erlangt, herauszugeben.

3) Jacusiel S. 18. Cosack H.G.B. S. 245/246.

4) D. h. im Sinne des § 121 B.G.B. „ohne schuldhaftes Zögern".

Schlußnote der anderen Partei Anzeige zu machen. (§ 94 Abs. 3 H.G.B.) Im Unterlassungsfalle würde der Handelsmäkler schadensersatzpflichtig sein. Ebenso kann eine verfrühte Zustellung eine Schadensersatzpflicht des Mäklers nach sich ziehen, wenn dadurch der Partei ein Schaden erwachsen ist [1]).

Wenn der Mäkler von der Verpflichtung zur Ausstellung von Schlußnoten entbunden ist, hat das Gesetz in § 94 Abs. 1 H.G.B. ebenfalls bestimmt. Die Befreiung tritt nur ein, wenn beide Parteien ihm dies erlassen oder der Ortsgebrauch mit Rücksicht auf die Gattung der Ware davon entbindet. Einseitiger Verzicht genügt also nicht [2]) und begründet selbst der Partei gegenüber, die ihm die Ausstellung der Schlußnote erlassen hat, eine Schadensersatzpflicht [3]).

Die Schlußnote ist eine Privaturkunde im Sinne von § 416 C.P.O.; mit der Unterschrift des Handelsmäklers erbringt sie vollen Beweis dafür, daß er den Geschäftsabschluß ordnungsgemäß beurkundet hat. Sie ist lediglich ein Beweismittel für den Geschäftsabschluß, nicht Voraussetzung des Geschäfts; wird sie doch auch erst nach Zustandekommen des Geschäfts erteilt. Allerdings können die Parteien vereinbaren, daß erst mit der Zustellung der Schlußnote das Geschäft als abgeschlossen gelten soll.

Wieviel die Schlußnote für den Inhalt der in ihr enthaltenen Erklärung selbst beweist, bestimmt sich nach allgemeinen Grundsätzen; es tritt freie richterliche Beweiswürdigung ein [4]). Aus der vorbehaltlosen Annahme der Schlußnote wird in der Regel zu folgern sein, daß die Partei das Geschäft so, wie in der Schlußnote beurkundet, abgeschlossen hat [5]). Andrerseits wird bei Ablehnung der Note

---

1) Lehmann und Ring S. 206. Staub S. 401.
2) Staub a. a. O.; Jacusiel S. 20.
3) A. A. Düringer und Hachenburg S. 535.
4) Staub S. 401. Düringer und Hachenburg S. 536.
5) R.O.H.G. Bd. 13 S. 295.

Schluß gerechtfertigt sein, daß die Partei mit dem Abschlusse oder dem Inhalte des Geschäfts nicht einverstanden war.

Die Beweiskraft der Schlußnote wird um so größer sein, wenn sie mit den Einträgen im Tagebuch [1]) und den Auszügen aus demselben übereinstimmt. Auch wenn beide Parteien die Schlußnote unterzeichnet haben, wird die Beweiskraft gesteigert; jedoch ist trotzdem der Gegenbeweis, welcher der die richtige Beurkundung der Schlußnote bestreitenden Partei obliegen würde, nicht ausgeschlossen, daß der Vertragswille der Parteien ein anderer war, als die Schlußnote ausweist [2]).

Wir haben oben (S. 52) bemerkt, daß zum Inhalte der Schlußnote u. a. die Bezeichnung der Parteien gehört. § 95 H.G.B. regelt jedoch den Fall, daß nicht beide Parteien bezeichnet sind, sondern der Mäkler sich die Angabe der anderen Partei vorbehalten hat. Man spricht dann von der sogenannten „Schlußnote an Aufgabe".

Zur Annahme einer solchen Schlußnote ist die Partei nicht verpflichtet; im Falle der Annahme, die auch stillschweigend durch Unterlassung sofortiger Zurückweisung erfolgen kann [3]), ist sie jedoch an das Geschäft mit jeder ihr nachträglich bezeichneten einwandfreien Partei gebunden, sofern die Bezeichnung mangels vereinbarter Frist innerhalb der ortsüblichen oder in Ermangelung einer solchen innerhalb einer den Umständen nach angemessenen Frist erfolgt. (§ 95 Abs. 1 u. 2 H.G.B.) Erhebt eine Partei Einwendungen, so hat im Streitfalle der Richter unter Berücksichtigung des Handelsbrauches zu entscheiden, ob die Einwendungen berechtigt sind. Zahlungsunfähigkeit wird in der Regel als berechtigter Einwand gelten, es sei denn, daß der Gegenkontrahent bereit ist, genügende Sicher-

---

1) Siehe unten S. 56.

2) R.O.H.G. Bd. 10 S. 306.

3) Düringer und Hachenburg S. 539. Staub S. 402.

heit zu gewähren[1]). Ebenso dürfte das Ablehnungsrecht auch dann gegeben sein, wenn die Gegenpartei als unredlich oder als Schikaneur bekannt ist oder zwischen den Parteien persönliche Feindschaft besteht[2]). Die Beweislast, daß begründete Einwendungen vorliegen, hat die ablehnende Partei.

Wie nun einerseits die Partei, die eine Schlußnote an Aufgabe angenommen hat, unter Umständen gebunden ist, so ist auf der anderen Seite auch der Mäkler, falls er nicht rechtzeitig (d. h. innerhalb der vereinbarten bez. ortsüblichen bez. angemessenen Frist) einen einwandfreien Gegner bezeichnet, oder, wenn er einen Gegner benennt, gegen den begründete Einwendungen erhoben werden, insofern gebunden, als er auf Erfüllung des Geschäfts in Anspruch genommen werden kann[3]). Dieser Anspruch erlischt jedoch, wenn sich die Partei auf die Aufforderung des Mäklers nicht unverzüglich erklärt, ob sie Erfüllung verlange. (§ 95[3] S. 2 H.G.B.)

Daraus geht hervor, daß der Mäkler nicht verlangen kann, in das Geschäft als Selbstkontrahent einzutreten[4]); für ihn besteht unter Umständen nur die Pflicht zum Selbsteintritt. Erst, wenn die Partei den Mäkler wegen Erfüllung in Anspruch genommen hat, kann auch er auf Vollzug des Geschäfts bestehen. Dann steht ihm auch ein Anspruch auf seine Provision zu, da ja durch seine Bemühungen das Geschäft zustande gekommen ist[5]).

Einen weiteren Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichtbesorgung eines Gegenkontrahenten hat die Partei nicht gegen den Mäkler; sie ist nach dem Gesetz darauf

---

1) Düringer und Hachenburg S. 540. Staub S. 403.
2) R.G. Bd. 24 S. 66, 70. Lehmann und Ring S. 208.
3) § 95 Abs. 3 S. 1 H.G.B. Staub S. 402, 403.
4) Cosack H.G.B. S. 248.
5) Jacusiel S. 26.

verwiesen, den Mäkler als Selbstkontrahent in Anspruch zu nehmen [1]).

Wie die Verpflichtung des Mäklers zum Selbsteintritt durch Vereinbarung ausgeschlossen werden kann, so ist es natürlich auf der anderen Seite auch möglich, durch Vertrag dem Mäkler das Recht zum Selbsteintritt einzuräumen [2]). Denn die Vorschriften des § 95 H.G.B. können, da sie dispositiver Natur sind, jederzeit durch die Parteien willkürlich abgeändert werden.

Daß auch mündlich ohne Ausstellung einer Schlußnote der Vorbehalt an Aufgabe vereinbart werden kann, hat das Reichsgericht [3]) anerkannt. Diese Ansicht vertreten vor allem auch Düringer und Hachenburg [4]), indem sie mit Recht hervorheben, daß das Gesetz die Rechtsfolgen nicht an den Formalakt der Ausstellung eines Schlußscheines, sondern an die besondere Art der Willenserklärung knüpfe.

Damit sind die sogenannten privatrechtlichen Pflichten des Handelsmäklers erschöpft.

Öffentlichrechtlich ist der Handelsmäkler kraft seiner Eigenschaft als Kaufmann im Sinne des § 1 H.G.B., sofern er nicht nach § 4 H.G.B. Minderkaufmann ist, zur Führung von Handelsbüchern verpflichtet, in die er seine eigenen Geschäfte einzutragen hat. Außerdem hat er nach § 100 H.G.B. ein Tagebuch zu führen, in das er die von den Parteien durch seine Vermittelung abgeschlossenen Geschäfte täglich eintragen muß. Die Geschäfte sind in der Reihenfolge einzutragen, in der sie zustande gekommen sind; auch müssen die Eintragungen alle in § 94 Abs. 1 H.G.B. bezeichneten Angaben enthalten und vom Mäkler persönlich

---

1) Lehmann und Ring S. 209. Staub S. 404. Düringer und Hachenburg S. 541/542.

2) Staub a. a. O. Jacusiel a. a. O.

3) R.G. Bd. 24 S. 70. Bd. 33 S. 131.

4) Düringer und Hachenburg S. 543. Staub S. 404. A. A. Lehmann und Ring S. 209. Goldmann S. 450.

unterzeichnet sein, während die Eintragungen selbst nicht vom Mäkler eigenhändig geschrieben zu sein brauchen. Von der Führung des Tagebuchs können die Parteien den Mäkler nicht befreien; die Verpflichtung zur Führung von Tagebüchern ist eine positive gesetzliche Bestimmung, deren Nichtbeachtung nach § 103 H.G.B. eine Bestrafung bis zu 1000 Mark zur Folge haben kann.

Obwohl das Tagebuch kein Handelsbuch im Sinne des § 38 H.G.B. figde. ist, haben doch gemäß § 100 Abs. 2 H.G.B. die Vorschriften der §§ 43, 44 über die Einrichtung und Aufbewahrung der Handelsbücher auf das Tagebuch des Handelsmäklers Anwendung zu finden. Darnach müssen die Eintragungen in einer lebenden Sprache und den Schriftzeichen einer solchen erfolgen; die Bücher sollen gebunden, foliiert und chronologisch geführt sein. Der Inhalt einer Eintragung darf nicht mittels Durchstreichens oder auf andere Weise unleserlich gemacht werden, es darf nichts radiert oder abgeändert werden, wenn dadurch die ursprüngliche Eintragung zweideutig wird. Das Tagebuch ist bis zum Ablauf von zehn Jahren, von dem Tage der darin enthaltenen letzten Eintragung an gerechnet, aufzubewahren. Diese Aufbewahrungspflicht geht auch auf die Erben und Rechtsnachfolger des Handelsmäklers über, die sich durch Verletzung dieser Pflicht allerdings nur schadensersatzpflichtig machen, nicht auch strafrechtlich verfolgt werden können[1]); denn § 103 H.G.B. setzt die Eigenschaft als Handelsmäkler voraus.

§ 101 H.G.B. bestimmt als weitere Pflicht des Handelsmäklers, den Parteien jederzeit auf Verlangen Auszüge aus seinem Tagebuche zu geben, die von ihm unterzeichnet sind und alles enthalten, was von ihm in Ansehung des vermittelten Geschäfts eingetragen ist. Die Parteien können also nur Auszüge aus dem Tagebuch verlangen;

1) Staub S. 409. Düringer u. Hachenburg S. 552.

sie haben kein Recht auf Einsicht und Vorlegung des Tagebuchs selbst. Auch das Gericht kann im Laufe eines Rechtsstreits nur zum Zwecke der Prüfung der Glaubwürdigkeit der anderen Beweismittel die Vorlegung des Tagebuchs anordnen[1]; nicht etwa darf aber außerhalb des bezeichneten Zweckes durch richterliche Anordnung das Tagebuch als neues und selbständiges Beweismittel in den Prozeß eingeführt werden[2].

Befreiung von den Vorschriften über Schlußnoten und Tagebücher gewährt § 104 H.G.B. den sogenannten Krämermäklern. Diese sind auch Handelsmäkler, sie besorgen aber nur die Vermittelung im Kleinverkauf. Sie sind nicht als solche Minderkaufleute; sobald ihr eigener Betrieb kein Kleinbetrieb ist, sind sie Vollkaufleute. Deshalb sind sie unter Umständen auch verpflichtet, Handelsbücher zu führen. Im übrigen gelten für den Krämermäkler dieselben Vorschriften wie für den Handelsmäkler.

§ 8.

Einige besondere Arten von Mäklern.

I. Die Gesindevermieter und Stellenvermittler.

Diesen sind durch die Gewerbeordnung[3] einige Beschränkungen auferlegt. Nach § 34 haben sie vor der Eröffnung ihres Gewerbebetriebes der nach den Landesgesetzen zuständigen Behörde Anzeige zu machen und zum Betriebe ihres Geschäfts um Erlaubnis nachzusuchen. Diese ist zu versagen, wenn Tatsachen vorliegen, welche die Unzuverlässigkeit des Nachsuchenden in bezug auf den beabsichtigten Gewerbetrieb dartun. Über den Umfang der Befugnisse und Verpflichtungen, sowie über ihren

1) § 102 H.G.B.
2) Düringer und Hachenburg S. 553. Jacusiel S. 22.
3) Gew.-O. v. 21. 6. 69 in der Fassung v. 26. 7. 00.

Geschäftsbetrieb dürfen die Zentralbehörden Vorschriften erlassen [1]), soweit nicht darüber die Landesgesetze Bestimmungen treffen. Insbesondere sind sie befugt, die Ausübung des Gewerbes im Umherziehen, sowie die gleichzeitige Ausübung des Gast- und Schankwirtschaftsgewerbes zu beschränken oder zu untersagen. (§ 38 Abs. 1 u. 3 Gew.-O.) Auch sind die Gesindevermieter und Stellenvermittler verpflichtet, das Verzeichnis der von ihnen für ihre gewerblichen Leistungen aufgestellten Taxen der Ortsbehörde einzureichen und in ihren Geschäftsräumen an einer in die Augen fallenden Stelle anzuschlagen. Abänderungen dieser Taxen sind zwar zulässig, doch bleiben die Taxen so lange in Kraft, bis die Änderung angezeigt und angeschlagen ist. (§ 75a Gew.-O.) Auch sind sie verpflichtet, dem Stellesuchenden vor Abschluß des Vermittelungsgeschäfts die für ihn zur Anwendung kommende Taxe mitzuteilen. Zuwiderhandlungen gegen die genannten Vorschriften sind nach §§ 148, 149 Gew.-O. mit Geldbez. Haftstrafen bedroht.

Der Grund, weshalb gerade für diese Art Mäkler besondere Bestimmungen getroffen worden sind, ist derselbe, der für die Aufnahme des § 655 [2]) in das Bürgerliche Gesetzbuch bestimmend gewesen ist, daß nämlich hauptsächlich im Bereiche dieser Verhältnisse beklagenswerte Mißstände im Mäklerwesen vorgekommen waren [3]).

Erwähnt soll an dieser Stelle noch werden, daß auch für die gewerbsmäßigen Vermittler für Immobiliarverträge, Darlehen und Heiraten eine Sonderbestimmung besteht, insofern sie von der Eröffnung ihres Gewerbebetriebes der zuständigen Behörde Anzeige zu machen haben, und die Erlaubnis zu diesem Gewerbebetrieb zu verweigern ist, wenn Tatsachen vorliegen, welche die Unzuverlässigkeit des

1) Staub S. 396.
2) Siehe oben S. 43.
3) Staudinger S. 1013.

Gewerbetreibenden in bezug auf dessen Gewerbebetrieb dartun. (§ 35 3 Gew.O.). Bei Zuwiderhandlungen droht auch hier § 148 Gew.O. Geld- bez. Haftstrafe an.

Die Gültigkeit der abgeschlossenen Mäklerverträge sowie der vermittelten Geschäfte erleidet natürlich dadurch keine Beeinträchtigung, daß der Mäkler die polizeiliche Legitimation zum Gewerbebetrieb nicht erlangt hat oder ihm diese verweigert oder wieder entzogen worden ist. Deshalb kann es auch vorkommen, daß der Mäkler eine Strafe verwirkt und trotzdem seinen Mäklerlohn fordern kann [1]).

II. Der Kursmakler.

Wir haben schon oben [2]) betont, daß vor der Veröffentlichung des neuen Handelsgesetzbuches das Börsengesetz vom 22. Juli 1896 bereits die amtlichen Handelsmäkler für das Gebiet des Börsenhandels, also gerade für das wichtigste Gebiet, beseitigt hatte. An die Stelle der bisher mit der amtlichen Feststellung des Börsenkurses beauftragten amtlichen Handelsmäkler sind die Kursmakler getreten, die aus den Reihen der privaten Handelsmäkler hervorgehen.

Sie sind zur Mitwirkung bei der amtlichen Feststellung des Börsenpreises bei Waren und Wertpapieren öffentlich bestellt. Solange sie die Tätigkeit als Kursmakler ausüben, müssen sie die Vermittelung von Börsengeschäften in den betreffenden Waren oder Wertpapieren betreiben. (§ 30 Abs. 1 Börs.-G.). Nach ihrer Ernennung, die ebenso wie ihre Entlassung von der Landesregierung des Ortes der Börse erfolgt, haben sie einen Diensteid zu leisten. Sie sind aber nur in Ansehung der Kursfeststellung Beamte,

---

1) Riesenfeld Bd. 36 S. 815.

2) Siehe oben S. 11. Bemerkt sei, daß B.G.B. und H.G.B. von Mäklern, das Börsengesetz von Maklern spricht.

nicht auch in bezug auf die von ihnen vermittelten Geschäfte.

Gewisse Beschränkungen hat das Börsengesetz dem Kursmakler in §§ 32, 42, 43 und 51 auferlegt. So ist ihm untersagt, in den Geschäftszweigen, in denen er bei der amtlichen Feststellung des Börsenpreises mitwirkt, für eigene Rechnung oder in eigenem Namen Handelsgeschäfte abzuschließen, insoweit dies nicht zur Ausführung der ihm erteilten Aufträge nötig ist. Der Kursmakler muß demnach, ehe er ein derartiges Geschäft als Selbstkontrahent übernehmen darf, sich um den Abschluß mit Dritten gewissenhaft, aber vergeblich bemüht haben, und dies nachweisen [1]).

Auch darf er nicht, soweit die Landesregierung keine Ausnahmen zuläßt, ein anderes Handelsgewerbe betreiben oder sich an einem solchen als Kommanditist oder stiller Gesellschafter beteiligen; ebensowenig darf er von einem Kaufmann als Prokurist, Handlungsbevollmächtigter oder Handlungsgehilfe angestellt sein. (§ 32 Abs. 2 Börsengesetz.) § 42 des Börsengesetzes bestimmt, daß für Wertpapiere, die zur öffentlichen Zeichnung aufgelegt werden, vor beendeter Zuteilung an die Zeichner eine amtliche Feststellung des Preises nicht erfolgen darf und vor diesem Zeitpunkte die Geschäfte von der Benutzung der Börseneinrichtungen ausgeschlossen sind und von den Kursmaklern nicht notiert werden dürfen. Ferner dürfen Geschäfte von Wertpapieren, die an der Börse nicht zugelassen sind, von den Kursmaklern nicht vermittelt werden (§ 43 Börs.-Ges.). Endlich ist die Vermittelung der zum Börsenterminhandel nicht zugelassenen Waren oder Wertpapieren nach § 51 Börs.-Ges. durch die Kursmakler ausgeschlossen.

Die Verpflichtung des Kursmaklers, ein Tagebuch zu führen, besteht für ihn wie für jeden Handelsmäkler nach

1) Düringer und Hachenburg S. 526, 543. Apt S. 105.

§ 100 H.G.B. Es erhält aber dadurch erhöhten Glauben, daß es vor dem Gebrauche dem Börsenvorstand zur Beglaubigung der Zahl der Blätter oder Seiten vorzulegen ist; auch besteht an seinem Inhalte ein erhöhtes Interesse, so daß nach dem Tode des Kursmaklers oder nach seinem Ausscheiden aus dem Amte das Tagebuch bei dem Börsenvorstande niedergelegt werden muß[1]). (§ 33 Börs.-Ges. in Verbindung mit Art. 14 des Einführungsgesetzes zum Handelsgesetzbuch).

Endlich kommt noch die Bestimmung des § 34 Börs.-Ges. in Verb. mit dem Art. 14 des Einführungsgesetzes zum Handelsgesetzbuch in Betracht, wonach die Kursmakler zur Vornahme von Verkäufen und Käufen befugt sind, die durch einen dazu öffentlich ermächtigten Handelsmäkler zu bewirken sind. (Vergl. §§ 368, 373, 379, 389, 391 H.G.B.; §§ 385, 1221, 1235, 1295 B.G.B.)

Die freihändigen Verkäufe und Käufe durch den Kursmakler brauchen nicht an der Börse zu erfolgen; der Handel mit den zu verkaufenden Gegenständen braucht auch nicht an der Börse zugelassen zu sein, da die Befugnis zum freihändigen Verkauf auch bei solchen Sachen gegeben ist, die nur einen Marktpreis und keinen Börsenpreis haben.

Handeln die Kursmakler den obenerwähnten, ihnen auferlegten Verboten zuwider, so wird dadurch die Gültigkeit der abgeschlossenen Geschäfte nicht berührt. Doch werden die Zuwiderhandlungen auf disziplinarem Wege geahndet.

III. Der Ehemäkler.

Wie schon im römischen Rechte das Ehemäklergeschäft nicht schlechthin ungültig war, sprach auch die

1) Staub S. 408. Apt S. 107.

Praxis des gemeinen Rechts dem Ehemäklervertrage nicht ohne weiteres, sondern nur wegen einer darin unter Umständen zu findenden Unsittlichkeit die rechtsverbindliche Kraft ab[1]). Geradezu verneint wurde die Frage nach der Klagbarkeit des Ehemäklerlohnes in § 1259 des Sächs. Bürgerl. Gesetzbuchs. Der 1. Entwurf zum Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch enthielt keine besondere Vorschrift über Ehevermittelungsverträge. Die Motive zum B.G.B. (S. 511) bemerken, es hänge von den Umständen des einzelnen Falles ab, ob ein Ehevermittelungsvertrag als unsittlich und demnach als nichtig anzusehen sei. Erst in der Reichstagskommission wurde beantragt, der Heiratsvermittelung durch eine besondere Bestimmung entgegenzutreten[2]). Trotzdem nun zwar diesen Vorschlägen von den Regierungsvertretern entgegengehalten wurde, daß im einzelnen Falle das Versprechen eines Vermögensvorteils für die Heiratsvermittelung allerdings unsittlich sein könne, daß aber dieser Gesichtspunkt nicht für alle Fälle durchschlage, stellte sich die Mehrheit der Kommission auf den jetzt in § 656 B.G.B. wiedergegebenen Standpunkt, daß durch das Versprechen eines Lohnes für den Nachweis der Gelegenheit zur Eingehung einer Ehe, oder für die Vermittelung des Zustandekommens einer Ehe eine Verbindlichkeit nicht begründet wird. Kohler[3]) meint, es gehöre zu den Ruhmestiteln des Bürgerlichen Gesetzbuchs, daß dieser Rechtssatz zum Gesetz erhoben worden sei. Denn die Klagbarkeit des Ehemäklerlohnes widerspreche dem Wesen und der Würde der Ehe ebenso wie es ihrer Würde zuwider sei, sie selbst zum Gegenstand der Geldspekulation zu machen. Kohler vertritt damit entschieden die Ansicht, daß der entgeltliche Ehe-

1) Seuff. Arch. Bd. 33 Nr. 125.
2) Plank S. 639.
3) Kohler XII. S. 318/319.

vermittelungsvertrag unsittlich und deshalb nach § 138 nichtig ist[1]).

Wir können uns dem von Kohler vertretenen Standpunkte nicht anschließen, sondern teilen die Ansicht Plancks[2]) und Oertmanns[3]), daß in der Fassung des Gesetzes nicht zum Ausdruck gekommen ist, daß die Heiratsvermittelung gegen Entgelt unsittlich ist.

Man kann allerdings die Vorschrift des § 656 B.G.B. als eine Folge der Vorschriften der §§ 138 und 817 B.G.B. betrachten, wonach ein gegen die guten Sitten verstoßendes Rechtsgeschäft nichtig ist und das auf Grund eines solchen Geschäfts Geleistete, wenn auch der Versprechende bei Eingehung der Verbindlichkeit gegen die guten Sitten verstieß, nicht zurückgefordert werden kann. Man kann aber andrerseits die Verbindlichkeit aus § 656 ähnlich wie eine Verbindlichkeit aus Spiel und Wette als eine unvollkommene Verbindlichkeit ansehen, deren Erfüllung zwar nicht erzwungen werden kann, die aber doch insoweit eine rechtliche Wirkung hat, als das auf Grund derselben Geleistete nicht zurückgefordert werden kann. Planck[4]) und Staudinger[5]) meinen zutreffend, es dürfte praktisch ohne Bedeutung sein, ob man die eine oder die andere Auffassung für richtig hält, da ja das Gesetz alle wichtigen Punkte selbst deutlich feststellt. Aus der oben (S. 59) erwähnten Bestimmung der Reichsgewerbeordnung über die Heiratsvermittler könnte übrigens der Schluß gezogen werden, daß es abwegig sei, von einer Unsittlichkeit des Ehemäklergeschäfts zu sprechen, da dort das Gewerbe des Ehemäklers als ein zwar unter gewissen persönlichen

1) Vergl. z. B. Kohler XII. S. 318, 333.
2) Planck S. 639.
3) Oertmann S. 680.
4) Planck S. 639/40.
5) Staudinger S. 1015.

Voraussetzungen zu betreibendes, aber an sich zulässiges bezw. zugelassenes aufgeführt wird.

Das Gesetz schließt in § 656 B.G.B. jede Verbindlichkeit zur Entrichtung des Mäklerlohnes für die Ehevermittelung aus. Damit ist von selbst auch die Klagbarkeit schon kraft Gesetzes versagt und eine erhobene Klage von Amtswegen abzuweisen, selbst wenn der Einwand der Klaglosigkeit im Prozesse nicht geltend gemacht wird[1]). Ob auch die Vermittlertätigkeit, die in öffentlichen Empfehlungen besteht, von der Vorschrift des § 656 getroffen wird und demnach auch z. B. die Insertionskosten für Heiratsankündigungen nicht zu bezahlen sind, ist streitig. Kohler[2]) nimmt dies als selbstverständlich an; seiner Ansicht hat sich auch Staudinger[3]) angeschlossen. Wir können dieser Meinung nicht beitreten, sondern teilen die Ansicht Plancks[4]), daß die singuläre Vorschrift des § 656 nicht so ausdehnend auszulegen ist; nur bei einem Verstoße gegen § 138 B.G.B. kann die Begründung einer Verbindlichkeit auch in diesem Falle geleugnet werden[5]).

§ 656 Abs. 1 Satz 2 bestimmt, daß das auf Grund des Versprechens Geleistete nicht deshalb zurückgefordert werden kann, weil eine Verbindlichkeit nicht bestanden hat. Damit will das Gesetz lediglich die condictio indebiti ausschließen[6]), nicht etwa auch die Rückforderung wegen anderer Mängel der Leistung, z. B. wegen beschränkter Geschäftsfähigkeit des Leistenden, oder weil die Leistung

---

1) Staudinger S. 1015. Oertmann S. 680.

2) Kohler XII. S. 332.

3) Staudinger S. 1016; ebenso Cosack B.G.B. S. 552.

4) Planck S. 639/640.

5) Auch Oertmann S. 681 hält Kohlers Ansicht in dieser Hinsicht für höchst bedenklich.

6) Staudinger S. 1016. Oertmann a. a. O.

durch Drohung erzwungen worden ist[1]). Kohler[2]) führt die Vorschrift des Satzes 2 von Abs. 1 § 656 darauf zurück, daß infolge der dem Ehevermittelungsvertrage schlechthin innewohnenden, in der Regel beide Teile treffenden turpitudo überhaupt für keinen Teil eine Klage daraus gegeben werden sollte. Wir lehnen diese Ansicht ab, da sonst, wie Oertmann[3]) zutreffend bemerkt, der besondere Ausschluß des Rückforderungsrechts in Hinblick auf § 817 B.G.B. überflüssig wäre.

Von besonderer Bedeutung ist die Vorschrift des Abs. 2 von § 656, wonach durch Umwandlung in eine neue abstrakte Schuldform die Klagbarkeit des Ehemäklerlohnes nicht etwa hergestellt wird. Ist also insbesondere zum Zwecke der Erfüllung der Verbindlichkeit ein Schuldschein ausgestellt, so tritt auch hier kraft Gesetzes die Unwirksamkeit ein; nicht bedarf es etwa der Aufhebung einer solchen Verbindlichkeit auf Grund der Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung[4]). Will jedoch der Auftraggeber eine über ein Schuldanerkenntnis ausgestellte Urkunde zurückfordern, so muß er die Rückgabe nach den Bestimmungen über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung erzwingen; denn die Ausstellung einer Urkunde ist keine Leistung im Sinne des Abs. 1 Satz 2 § 656. Dies hat auch bei der Ausstellung eines Wechsels zu gelten, da der Wechsel regelmäßig nicht zahlungshalber, sondern zur Begründung einer Verbindlichkeit gegeben wird[5]).

1) Kohler XII. S. 335. Jacusiel S. 46.
2) Kohler XII. S. 334.
3) Oertmann S. 681.
4) Planck S. 640.
5) § 364 Abs. 2 B.G.B. ROHG. Bd. 4 S. 236.